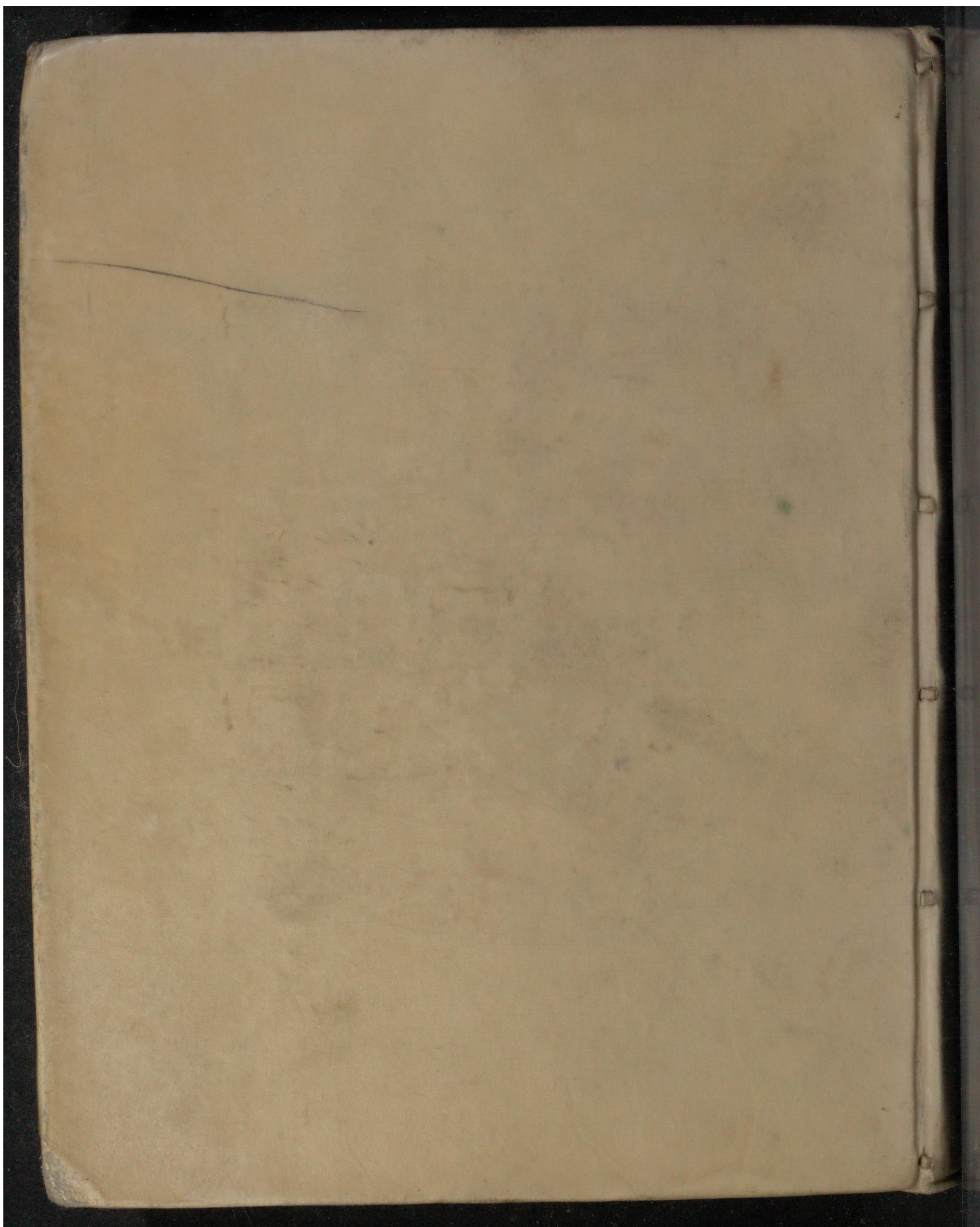
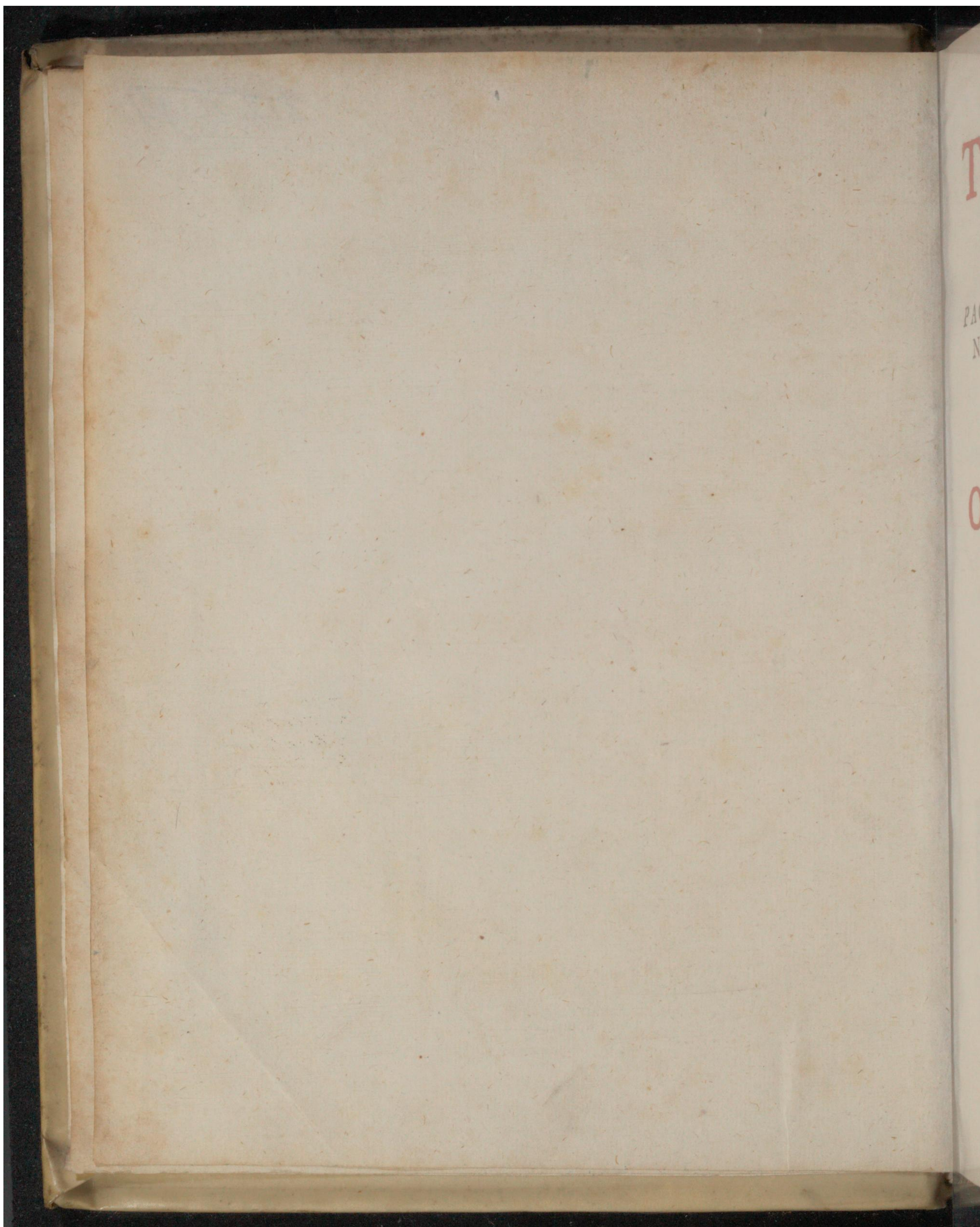

VINNIUS
TRACT:
QUINQUE.











ARNOLDI VINNII J.C.

TRACTATUS QUINQUE,

DE

PACTIS, JURISDICTIONE, COLLATIONIBUS, TRANSACTIONIBUS, ET QUÆSTIONIBUS JURIS SELECTIS.

Quibus additæ Sunt

SIMONIS VINNII Arn. fil.

ORATIONES

Duæ & alia quædam,

CUM

INDICIBUS LOCUPLETISSIMIS.

Editio quinta auctior & prioribus emendatior.



ULTRAJECTI,
Ex Officina THOMÆ APPELS, Bibliopolæ.
MDC.XCVII.

Nobilissimis & Amplissimis Viris,

D. D. PRÆTORI, CONSULIBUS, CÆTERISQUE PROCERIBUS REIPUBL. HAGACOMITENSIS.

Nobiles & Amplissimi Viri,



ANnus jam vertitur undevicesimus, ex quo impetrata honesta missione præfecturam ludi vestri literarii deposui, postquam in ea functione annos prope tredecim versatus fueram. Quo quidem toto tempore ita me in eodem munere gessi, ut plane persuasum mihi habuerim, fidem, ac sedulitatem meam & vestræ

amplitudini, & bonis omnibus ſpectatam fuiſſe, probatamque cunctis non iniquis omnino aut imperitis rerum æſtimatoribus. Sed & vos eam in me voluntatem ac beneficentiam ſemper oſtendiſtis, ut dubitare non debuerim, quin quicquid uſui nobis atque ornamento eſſe potuiſſet, id libenter & cupide curaturi fuiſſetis. Cujus rei nulla unquam me capiet oblivio. Et quamvis ex eo, quod hactenus nulla re palam teſtatus ſum, meum erga vos ſtudium atque obſervantiam, fortaſſis aliquis ſuſpicaturus ſit, deletam jam dudum apud me ac ſepultam eſſe omnem veſtrorum in me meritorum memoriam; tamen ſic velim vobis perſuadeatis, me & amplitudinis veſtræ obſervantiſſimum ſemper fuiſſe, & acceptorum quondam a vobis beneficiorum ſemper memorem fore, dum memor ipſe mei. Neque vero unquam ego de mutando genere functionis cogitaſſem, aut ad eam, quam nunc per gratiam Dei publice profiteor, diſciplinam me contuliſſem, niſi fato ad juriſprudentiam, cui ab adoleſcentia totum me tradideram, tota indole latus fuiſſem. Noveram coacta ingenia male reſpondere, & occurrebat tritum illud, nihil invita Minerva. Quamobrem etſi per cæterarum quoque honeſtarum artium cultum bonam ætatis partem tranſegeram, ut vel cuivis functioni literariæ abunde ſufficere poſſe viderer: tamen etiam hoc ipſo ad profeſſionem juris amplectendam, & vel magis incitabar; gnarus diſciplinam juris ita eſſe comparatam, ut

niſi

nisi ab hujusmodi præsidiis opem petat, eam omni suo apparatu atque honore, & tantum non ingenuitate spoliari necesse sit. Quin & jam cum adhuc ludo vestro præessem, præludere cœpi, & subcisivis temporibus ingenio meo furtim obsecundare. Testes sunt illæ partitiones nostræ juris civilis, sive quatuor illi libri Jurisprudentiæ contractæ, quos eodem tempore & composui, & Hagæ vestræ Comitis typis excusos etiam evulgavi. Postquam autem Deo Opt. Max. sic ordinante juris civilis interpretandi munus in illustri Bataviæ nostræ Lycæo mihi impositum est, ex eo tempore majus otium nactus ad hæc studia magis serio & bona fide tractanda atque excolenda, variis scriptis, & iis quidem, quæ summorum virorum judicio digna visa, quæ lucem aspicerent, egregiam meam voluntatem de jurisprudentia omnique re literaria bene merendi, & quantum in me est, commoda studiosæ legum juventutis promovendi, testatus sum. Cæterum in nullo horum aliquod grati erga vos animi documentum dedi, & observantia illa, qua, ut par est, vos semper colui, hactenus publico testimonio apud amplitudinem vestram caruit. Quod equidem non sine rubore cogor agnoscere: & ut verum fatear, non defuit facultas. Sed apud æquos & bonos judices etiam moræ purgatio est. Quapropter cum in præsentia & res & tempus occasionem mihi obtulissent hunc erga vos animum & observantiæ studium publice testificandi, feci, quod of-

ficii sui non omnino securos facere decet, oblatam occasionem avide arripui: & quia nulla re videbar posse summam & enixam meam voluntatem ostendere evidentius, quam si operam darem, ut hæc insigniore aliquo testimonio publicata extaret, adhibui, quatuor interpretes, qui privatim apud vos, publice apud alios hac opera fungerentur. Quatuor illos Tractatus Academico-forenses intelligo, quos nomini vestro dicatos cum eadem testificatione in publicum exire jussi, ut quo pluribus exponeretur hic noster labor, eo ad plures quoque eadem testatio perveniret. Nihil aliud hic mihi propositum fuit, Nobiles & amplissimi viri, quam hoc unum, ut vobis hunc animum & singularem voluntatem meam præclaro aliquo elogio testatam facerem, atque a me amolirer, quod in homines ingratos & beneficiorum immemores vulgo dici solet, μετὰ τὴν δόσιν τάχιστα γηράσκει χάρις. Confido fore, ut etiam vos, pro humanitate vestra, hoc μνημόσυνον, tanquam perpetuæ in amplitudinem vestram observantiæ pignus, accepturi sitis, vobisque habituri. Dabam Lugduni Batavorum postridie Nonas Aprilis. cIↃ IↃ CLI.

V.V. AA.

observantissimus

ARNOLDUS VINNIUS.

SYLLABUS CAPITUM

TRACTATUS

De Pactis.

SYLLABUS CAPITUM

TRACTATUS

De Jurisdictione & Imperio.

VII De

SYLLABUS CAPITUM TRACTATUS

De Collationibus.

SYLLABUS CAPITUM TRACTATUS

De Transactionibus.

Arn. Vinnii JC.

TRACTATUS DE PACTIS.

Caput I.

Quid pactum, pactio; conventio, pactum conventum.

1. *Pacti & pactionis definitio.*
2. *Pactum & pactio idem, & No. 5.*
3. *Pactum generali significatione idem, quod conventio, & No. 7.*
4. *Actu plus est in specie, quam in genere: genus, symbolum communis specierum essentiæ.*
5. *Generali appellatione pacti etiam contractus nominatos contineri.*
6. *Prætorem edicto de pactis edicere de conventionibus omnibus.*
7. *Pacta conventa quomodo prætor servet.*
8. *Cur in definitione mentio fiat duorum aut plurium.*
9. *Quid sit illud* in idem.
10. *Pactum speciali significatione passim pro pacto nudo.*
11. *Pactum conventum, nihil aliud quam pactum per se positum.*
12. *Pactum conventum proprie non est pactum* ἔγγραφον.
13. *Quid nostris pactum conventum dicitur, Græci Jurisconsulti reddiderunt* σύμφωνον, *simpliciter.*
14. *Si quando pactum, aut pactum conventum pro instrumento pacti usurpatur, tropica locutio est, non propria.*

1. PACTUM sive pactio est duorum vel plurium in idem placitum & consensus. *Placitum & consensus.* Constant. Harmenop. *lib. 1. tit. 9. c. 1.* ἀρέσκεια καὶ συγκατάθεσις, *Synops. Attaliatæ tit. 6.* ἀρέσκεια καὶ συναίνεσις. In Pandectis Florentinis legitur, *in idem placitum consensus.* Cæterum parum refert, utro modo legas. Ita definitur pactio ab Ulpiano in *l. 1. §. 2. hoc tit.* & eodem modo ab eodem auctore pactum in *l. 3. de pollicit.*

2. Unde apparet utrumque idem esse, atque æque late vocis utriusque significationem patere, contra quam existimat Duarenus ad *d. l. §. 2. hoc tit.* In una *l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & aliquod §§. seqq. eod.* plus sexies promiscue pacti & pactio-

pactionis verbo idem Ulpianus utitur. Sunt qui putant pactum proprie dici jus, quod ex pacto existit, sive obligationem ex actu paciscendi natam: sed sine ulla auctoritate, ullave vel in speciem probabili ratione. Nam in *l.* 1. §. 1. *eod.* tantum grammatica quædam affertur deductio.

3. Sed & pactum generali significatione non minus late patet, quam nomen conventionis, & contractus quoque omnes continet; quod & ipsum definitio pacti evidenter ostendit. Etenim si contractus quoque omnis est duorum vel plurium in idem consensus, necessario unum ex his tribus sequitur, ut aut contractus idem sit, quod pactum, aut genus pacti, aut pacti species: atqui nec idem est, quod pactum, nec genus pacti, ac de eo inter omnes convenit: necesse igitur est pacti esse speciem.

4. Nihil officit, quod plus est in contractu, quam in pacto generaliter sumpto: nam semper actu plus est in specie, quam in genere. Quippe genus non est particeps differentiarum, οὐ μετέχει τῶν διαφορῶν ut docet Aristoteles *Philos.* 7. 12. & ut Porphyrius *c.* 3. διαφορὰ γάρ ἐστιν, ᾗ περισσεύει τὸ εἶδος τοῦ γένους. & mox, γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς τῶν ὑφ᾽ αὐτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν. Id est, *genus quidem potentia omnes habet differentias, quæ sub ipso sunt, actu vero nullas.* Etsi autem tota essentia speciei non est in genere: tota tamen generis essentia æqualiter inest in singulis speciebus; semperque genus, ut latius patens, de specie sua prædicatur, & non convertitur. Ut ecce, homo est amplius quid, quam animal seu corpus animatum sentiens; omnis tamen homo est animal: e converso vero non omne animal est homo. Similiter contractus est aliquid amplius, quam pactum in genere sumptum, seu duorum vel plurium in idem placitum: omnis tamen contractus est pactum sive plurium in idem placitum. At vero ex contrario non omne pactum est contractus: verbi causa pactiones ad liberandum comparatæ, placita de contrahendo, puta emendo, permutando, &c. conventiones legitimæ, nec non negotio alicui adjectæ, licet sint pacta, contractus tamen non sunt. Unde Græci Jurisconsulti pactum, quod σύμφωνον vocant, fieri dicunt ἐπὶ τῷ συστῆναι, ἢ διαλυθῆναι ad contrahendum vel distrahendum: contractum vero ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον, ad constituendam obligationem, & alterum alteri reddendum obnoxium.

5. Hoc quod dicimus, verum esse manifeste quoque arguunt hi loci, *l. si domus.* 8. *l. solent.* 15. *de præscript. verb. l. legem.* 10. *C. hoc tit.* ubi inter pactum nudum & non nudum hæc distinctio ponitur, quod illud actionem non pariat, ex hoc autem nascatur actio præscriptis verbis. item *l.* 6. *C. de jur. dot.* in cujus specie matris pactum dicitur actionem præscriptis verbis constituere. Constat autem inter omnes actionem præscriptis verbis non dari, nisi ἐκ συναλλάγματος ex contractu, *d. l.* 7. §. 2. *hoc tit.* & pass. *tit. de præscr. verb.*

6. Adhæc non modo contractus innominatos, verum etiam certo nomine ac forma distinctos generali pacti appellatione contineri apparet ex *l. duo.* 71. *pro soc.* quo loco contractum de societate habitum palam est nominari pactum conventum societatis; & mox iterum pactum conventum de societate. Idem quoque evincitur ex eo, quod in *l. si unus.* 27. §. 2. *vers. idem dicemus. hoc tit.* Paulus scribit, consensu contractam obligationem, & re integra contrario pacto sublatam, veluti empti; novissimo pacto non resuscitari; sed id pactum proficere ad novum contractum. Quid enim hoc aliud est, quam si dixisset, posterius pactum novum esse contractum, novam emptionem? Sane sic idem ille hoc explicat *l. pacta conventa.* 72. *pr. vers. an idem. de*

contr.

contr. empt. Item ex *l. traditionibus.* 20. *C. hoc tit.* ubi cum traditio opponatur cuilibet conventioni & pacto nudo a traditione, etiam contractibus nominatis opponitur, veluti emptioni & venditioni; ac proinde illic appellatione pactorum certum est etiam contractus nominatos intelligi. *fac.* §. 3. *Inst. de empt.* Denique cum ususfructus & servitutes prædiorum dicuntur constitui pactionibus & stipulationibus, §. 1. *Inst. de usufr.* §. *ult. Inst. de serv. præd.* per pactiones necesse est, ut intelligamus contractus quoslibet juris gentium comparatos ad dominium aut jus aliquod in rem transferendum. Ex his facile occurri jam poterit objectionibus Borcholti *c.* 1. *de pact. n.* 6. *& seqq.* nec non eorum quoque errori, qui asserunt in usu juris nostri non tantum pactum, pactionem, conventionem, sed etiam contractum pro eadem re sumi, nihilque interesse, contraxisse aliqui dicantur, an pacti esse vel convenisse: hoc enim non minus absurdum est, quam si quis dicat, idem significare genus & speciem, animal & hominem: pactio enim & conventio nomina sunt generis, contractus nomen speciei. Itaque etsi qui contraxerunt, etiam pacti esse & convenisse recte dicuntur, quod solum probant: tamen ex converso non omnes, qui dicuntur pacti, dici possunt inisse contractum, ut non multo ante demonstratum est, & plenius demonstrabitur inferius. Venditant illi quidem opinionem suam etiam pro communi interpretum sententia: sed falso: ac ne unum quidem reperiri credimus, qui idem asserat, aut qui neget, quod illi negant, ea quæ sub diversis vocibus idem significant, esse synonyma aut ἰσοδυναμοῦντα.

7. In edicto prætor conjunxit hæc duo, *pacta conventa. d. l.* 7. §. *ait prætor. ff. hoc tit.* Ulpianus interpres edicti definivit pactionem & conventionem, quæ verba in edicto non sunt: quod & ipsum certum argumentum est, pactionem, pactum, conventionem, conventum idem valere & declarare; quemadmodum etiam convenire & pacisci plerumque pro eodem dicimus. Sic promissum & promissio, præceptum & præceptio, jussus & jussio, inventum & inventio, & sexcenta hujuscemodi idem valent & significant: estque in hisce omnibus eadem analogia & ratio. Sed hic quæret aliquis cum D. Cujacio, cur si pacti aut pactionis nomen æque generale sit, atque conventionis, Ulpianus in *l.* 1. §. 3. *ff. hoc tit.* tantum de verbo conventionis dicat, generale id esse? Respondeo perperam ex eo colligi pactionis aut pacti verbum generale non esse: nam ex definitione, quæ præcedit, satis intelligitur hoc verbum generale esse: sed Jurisconsultus docere voluit etiam conventionis verbum generale esse, de quo prima fronte dubitari poterat propter verbi originem, quod non videtur pertinere ad eos, qui de negotio transigunt; quorum consensus & factum discessio potius, quam conventio videri potest, ut bene Donell. *ad Rubr. C. hoc tit. n.* 10.

8. At dices, huic sententiæ consequens est, prætorem hoc edicto etiam de contractibus edicere: quod tamen & alienum esse videtur a sententia prætoris, qui pollicetur se pacta conventa servaturum, cum contractus satis jure valeant sine tuitione prætoris; & ἄτοπον argumento collocationis edicti: quippe quod non aliam ob causam positum sit inter ea, quæ judicium antecedunt, quam quia pacta ad litem remorandam pertinent: sola autem eo pertineant pacta, quibus id agitur, ne petatur. Hinc denique esse, quod post edictum propositum omnis fere hoc titulo tractatio Jurisconsultorum sit de iis pactis, quibus quid remittitur; quamquam subinde alia miscentur. Ita disputat Duarenus *comment. ad l.* 1. *ff. hoc tit. & lib.* 2. *disput. c.* 8. Respondeo, hoc edicto edicens prætor, de pactis conventis, edicere intelligitur de conven-

tionibus omnibus, ac proinde etiam de contractibus, *arg. d. l.* 1. §. 3. *l.* 7. *pr.* §. 1. & 2. *eod.* quod quidem videri poterat huic loco minus convenire, si hoc solum prætor polliceretur se pacta conventa servaturum: nunc autem excipit ea, quæ dolo malo & contra leges facta sunt; quod est ejusmodi, ut de contractibus fere solis statui necesse fuerit. Nam cum nudæ conventiones actionem non pariant, adversus has reus satis munitus est ipso jure. Porro illa exceptio doli aliave defensio, qua repellitur ex contractu agens, æque ad moram judicio afferendam & tuendum reum pertinet, atque illa, quæ datur ex pacto convento de non petendo. Quod si vera esset sententia Duareni, non hoc efficeretur, contractus non esse pacta; sed illud potius, non alia esse pacta, quam quibus paciscimur, ne petatur, ut recte Baro *ad l.* 7. §. *quinimo. ff. hoc tit.*

9. Ergo, inquis, verba hæc prætoris, *pacta conventa servabo*, sic interpretaris, data aut actione, aut exceptione, prout hac aut illa ad servandum pactum opus erit? Quid ni vero? Sic enim & alibi prætor dicitur tueri adjudicationes, exceptiones aut actiones dando. *l. inter coheredes.* 44. §. 1. *fam. ercisc.* Contractus igitur servat prætor dando actionem: nam & actiones civiles solent prætores edictis monitoriis proponere, & dare petentibus. *l.* 1. *ff. commod.* Servat conventiones alias seu pacta nuda, siquidem ad liberandum comparata sunt, dando exceptionem: si vero ad obligandum, non aliter actionem dat, quam si specialiter jure civili aut honorario confirmata sint, aut contractibus bonæ fidei in continenti adjecta. *l.* 6. *l.* 7. §. *quinimo. l. si tibi.* 17. §. 2. *ff. hoc tit. l.* 1. *ff. de pecun. constit.* Etenim verba prætoris cum hac moderatione accipienda sunt, *Quod ejus per leges &c. licebit*, *arg. l.* 1. *in fin. ff. ex quib. caus. maj.* Si vero dolo malo, adversus leges, aut bonos mores conventio facta fuerit, eam neutro tuetur modo. Illud non magni ponderis est, quo tamen nonnullos in contrarium moveri video, quod in jure nostro plerumque pacta contractibus opponuntur, atque identidem negatur ex pacto obligationem aut actionem nasci: nam tum pacti verbum in specie sumitur pro pacto nudo, quomodo & passim absolute positum a veteribus accipitur. *d. l.* 7. §. *quinimo.* 5. *ff. hoc tit. l.* 10. *C. eod. l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb. l.* 1. *C. de pact. conv. tam sup. dot.* Non enim novum est, ut idem verbum & generis nomen sit, & speciei, quod nomina adoptionis, cognationis, notionis &c. satis probant.

10. Quod in definitione mentio fit duorum aut plurium, hoc eo pertinet, ut hinc removeantur ultimæ voluntates, & itidem vota ac pollicitationes, in quibus unius tantum vel testantis voluntas, vel voventis aut offerentis promissum spectatur. *l.* 12. *in fin de legat.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *de pollic.* Intelligo autem pollicitationem proprie dictam, id est, quæ fit reipub. Nam id nomen interdum etiam pro promissione stipulanti facta, & pro pacto convento accipitur. *l. ea quæ.* 43. §. 1. *de contr. empt. l.* 1. §. *pen. de dot. coll. l.* 6. *C. de dot. prom. l.* 5. *C. de contr. stip.* Votum autem est pollicitatio Deo facta. *c.* 6. & 7. *ext. de vot.* Cicero definit sponsionem, qua Deo obligamur.

11. *In idem* valet in eandem rem, quæ recipitur, id est, in hoc, ut aliquid fiat negotii vel contrahendi vel dirimendi causa: nam ad materiam subjectam unumquodque referri debet. Neque enim verbi gratia, si duo jurisperiti, de aliqua juris quæstione consulti, idem responderint, talis consensus pactio aut pactum recte appellabitur. Græci expresse addiderunt, ἐπὶ τῷ συστῆναι ἤγουν συνάψαι, ἢ διαλῦσαί τι.

12. Effectum igitur hactenus est verba hæc, *pactum*, *pactio*, *conventum*, *conventio*, vi sua generalia esse, ejusdemque omnia significationis. Cæterum, ut ante quoque dictum est, pacti nomen etiam specialem significationem habet, & a veteribus passim

pro

pro forma pacti, quod alias cum adjuncto nudum dicitur, usurpari solet: atque hoc etiam usu venit, cum duo hæc conjunguntur, *pactum conventum. l. 7. §. quinimo. l. si unus. 27. in fin. hoc tit. l. pacta conventa. 72. de contr. empt. l. 4. l. ult. de pignor. cum similib.*

13. Atque ego quidem existimo idem plane esse pactum conventum, quod pactum per se positum, nullaque in re ab altero differre. Duo hæc substantiva, *pactum conventum*, junguntur plerumque ἀσυνδέτως, ut & aliæ quædam, veluti *æquum bonum, purum putum, sarta tecta*; idque fit rei magis explicandæ gratia κατὰ τὸ αὐτό. Aliquando etiam *pacta & conventa* veteres dicebant. Cicero in illa pro *Cæcinn. Quæ judicia, aut stipulationis, aut pacti & conventi formula non infirmari aut infringi potest, si ad verba rem deflectere velimus?* Juvenalis *Satyr.* 6.

Conventum tamen & pactum, & sponsalia nostra
Tempestate paras.

Ubi non satis perite Britannicus *conventum* interpretatur cœtum & multitudinem hominum. Seneca 3. *de benefic. Utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impressis signis custodirentur.* & apud Paulum *lib.* 1. *recept. sentent.* titulus primus inscribitur *de pactis & conventis.* Reipsa autem nihil interest, utrumque, an alterum solummodo exprimatur.

14. Claudius Salmasius, seculi decus, putat pactum conventum veteribus proprie esse id pactum, quod scriptura interveniente factum est, magistrisque juris omnibus exprobrat hujus rei ignorantiam, *lib. de mod. usur. c.* 12. Ego vero non unam habere mihi rationem videor, cur hoc doctissimo viro concedere non debeam, atque existimem injuste interpretes nostros ab eo reprehendi. Utar eadem libertate adversus summum virum, qua ille usus est adversus alios: nec abnuo, quin ille ipse mihi judex in hac causa detur. Primum illud satis constat, minime quadrare in propriam significationem verbi *conventum*, ut id accipiatur pro scripto aut conventionis instrumento. Deinde cum in edicto prætor ait se pacta conventa servaturum, non magis hoc ad pacta scripta pertinet, quam ad cætera: quemadmodum nec illud, quod dici solet, pacta conventa in continenti adjecta inesse bonæ fidei judiciis. *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.* Pacti conventi exceptio nostris non est exceptio pacti scripti, sed pacti cujuslibet seu justæ conventionis, uti & passim promiscue hæc nostri usurpant. Si quis mihi veterum scripta in hunc titulum percurrere voluerit, reperiet centies hæc nomina, *pactum*, & *pactum conventum*, confundi atque pro eadem re sumi. Qui titulus in Pandectis inscribitur *de pactis dotalibus.* in Codice inscriptus est *de pactis conventis tam super dote*, &c. certum autem est utrumque titulum pertinere tam ad pacta dotalia ἄγραφα, quam ad ἔγγραφα; nec ulla est in toto illo titulo Codicis constitutio, in qua hæc duo, *pactum conventum*, juncta invenias; sed mentio tantum fit legis aut pacti dotis dationi adjecti, dotalive instrumento interpositi.

Quinimo ipsa illa *l. 4. ff. de pignorib.* qua D. Salmasius utitur ad opinionis suæ confirmationem, eam perspicue evertit, aut ego vehementer fallor. *Contrahitur*, inquit Gajus, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ. Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est & in his obligationibus, quæ consensu contrahuntur: & ideo & sine scriptura, si convenit, ut hypothecæ sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt.* Non ait Jurisconsultus hypothecam contrahi per pactum conventum, cum quis

ſcriptura interveniente paciſcitur, ſed generaliter, cum quis paciſcitur; ac proinde etiam cum paciſcitur *ἀγράφως*. Et quia per pactum conventum hypotheca contrahitur, ait nihil intereſſe, quibus verbis fiat, & poſſe etiam ſine ſcriptura fieri, ac prorſus ita contrahi, ut contrahuntur obligationes nudi conſenſus, in quibus, ut ſubſtantiam capiat obligatio, ſufficit conſenſum quomodocunque declarari. *l. 2. ff. de oblig. & act.* Ex hoc igitur loco Gaji non illud evincitur, quod contendit D. Salmaſius, pactum conventum eſſe, quod ſcripto conſignatum eſt, ſed quod nos aſſerimus, pactum conventum Gajo idem eſſe, quod pactum ſimpliciter ſive nudam conventionem; *fac. l. 1. ff. de pign. act. §. item Serviana. 7. in fin. Inſt. de action.* Quod ſi per pactum conventum intelligeret *σύμφωνον γεγραμμένον*, falſa eſſet collectio Juriſconſulti, ſibique ipſe contradiceret.

15. Sed neque Græci Juriſconſulti, quod pactum conventum noſtris dicitur, reddiderunt *γραμματεῖον* ut idem vir illuſtris exiſtimat; verum *σύμφωνον* ſimpliciter. Titulo Codicis *de pactis conventis tam ſuper dote*, &c. reſpondet titulus apud Conſtantinum *περὶ γαμικῶν συμφώνων* & in Baſilicis *περὶ προικός, καὶ τῶν περὶ αὐτὴν πάκτων ἤτοι συμφώνων*. Conſtantinus autem cum hypothecam hoc modo definit; *ὑποθήκη μέν ἐστι τὸ παρεχόμενον τῷ χρεώστῃ· ὑποτιθέμενον δὲ τῷ δανειστῇ εἰς τὸ γραμματεῖον, ἕνεκεν τῆς τοῦ χρέους ἱκανώσεως*, non interpretatur locum aut verba Gaji in *l. 4. ff. de pign. & hypoth.* ſed exprimit ſententiam Ulpiani in *l. 9. §. 2. ff. de pign. act.* ubi Juriſconſultus inter pignus & hypothecam hoc ait intereſſe, quod pignus proprie dicitur, quod ad creditorem tranſit; hypotheca cum non tranſit nec poſſeſſio ad creditorem: idque ita eſſe patet ex eo, quod mox apud Conſtantinum ſequitur, *ἐνέχυρον δὲ, τὸ ἐν χερσὶ διδόμενον τῷ δανειστῇ. Pignus autem eſt, quod creditori in manus traditur.* Idem alibi. *κυρίως ἐνέχυρον λέγεται τὸ παραδοθὲν τῷ δανειστῇ· τὸ δὲ μὴ παραδοθὲν, ἀλλὰ συμφωνηθὲν ὑποθήκη ἐστίν. Pignus proprie dicitur, quod creditori traditur, quod vero ſine traditione pacto convento contrahitur, hypotheca eſt.* Nimirum differentia pignoris & hypothecæ non in eo conſiſtit, quod hæc *ἐγγράφως* illud *ἀγράφως* contrahatur: ſed quod hæc pacto convento, id eſt, *ψιλῷ συμφώνῳ*, illud non niſi re tradita. *§. item Serviana. in fin. Inſt. de action. §. ult. Inſt. quib. mod. re contr. obl. d. l. 9. §. 2. de pign. act.* inſtrumentum intervenerit, nec ne, ad differentiam pignoris & hypothecæ nihil attinet. Igitur *εἰς γραμματεῖον* Harmenopulo non eſt per pactum conventum, ſed inſtrumento pacti conventi: quippe qui non ideo *γραμματείου* meminit, quod ſine inſtrumento hypotheca non contrahitur, ſed quia probationis cauſa ſcriptura fere adhiberi ſolet. *d. l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fid. inſtrum. cum ſimilib.* In Baſilicis autem *lib. 25. tit. 2.* ſententia Gaji in *d. l. 4. de pignor.* his verbis expreſſa eſt; *ὡς ἐπὶ τῶν ἐνοχῶν τῶν ἐνοχοποιούσης τοὺς ἐπὶ παντὸς συναλλάγματος συναινοῦντας, οὕτω καὶ ἡ ὑποθήκη συμφώνῳ συνίσταται οἱοισδήποτε ῥήμασι καὶ ἀγράφως· τὰ γὰρ ἔγγραφα διὰ τὴν ἀπόδειξιν γίνεται.* Id eſt, *quemadmodum in obligationibus fit ut obligatio aſtringat de re qualibet conſentientes, ita & hypotheca pacto convento contrahitur, quibuſcunque verbis, etiam citra ſcripturam: nam ſcripturæ probationis cauſa fiunt*, &c.

16. Plane fatemur pactum conventum nonnunquam apud auctores uſurpari pro inſtrumento, in quo pactum conventum deſcriptum eſt, uti & apud Ulpianum in *l. duo ſocietatem. 71. ff. pro ſoc.* ſed tropica iſta locutio eſt; non propria, ſumpto per metonymiam contento pro continente, ejuſdemque tropi uſus occurrit etiam in voce *pactum. l. 7. §. quod fere. 12. ff. hoc tit.* ibi. *quod fere noviſſima parte pactorum ita ſolet inſeri.* id eſt, noviſſima parte inſtrumenti de pactis confecti. Nemo tamen ob id dixerit

xerit pactum proprie esse conventionem scriptam. sic per eandem figuram lex accipitur pro tabulis legis *l. cum debere.* 33. *ff. de serv. præd. urb. l. si in lege.* 24. *ff. locat.* & passim apud alios cautio & obligatio pro chirographo. *l. lecta.* 40. *ff. de reb. cred. l.* 5. *ff. fam. ercisc. l. ult. C. de cond. ex leg. l.* 7. *C. de non num. pec.* stipulatio pro stipulationis instrumento. *l.* 1. §. *pen. ff. de edend.* Cicero, *partitionib. Scriptorum privatum aliud est, publicum aliud. Publicum lex, senatusconsultum, fœdus. Privatum tabulæ, pactum c nventum, stipulatio.* Græcis quoque familiare est, ut συμβόλαια ἔγγραφα, sive καταγραφὰς τῶν συμφωνηθέντων, instrumenta pactorum ac conventorum, appellent συμβόλαια simpliciter, figurate tamen, ut ex contento continens intelligatur. Jam etiam cæteris, quæ a D. Salmasio in contrarium afferuntur, facile, ut opinor, obviam iri poterit.

CAP. II.

De pactis seu conventionibus publicis.

1. *Publica conventio quid, & a quibus fiat, & No.* 4.
2. *An Princeps pacem cum hostibus faciens privatorum injurias ob causam belli acceptas remittere possit.*
3. *Privatæ conventionis species est, cum Princeps contrahit cum subditis emendo, vendendo*, &c.
4. *Duces belli citra speciale mandatum pacem aut inducias facere non possunt.*
5. *De quibus rebus duces belli recte paciscantur.*

PACTIONUM sive conventionum quædam publicæ sunt, quædam privatæ. *l. conventionum.* 5. *ff. hoc tit.* De conventionibus publicis parcius disseremus, quoniam ista disputatio Politicorum tota propria est: Nam conventiones publicæ non tam legum civilium auctoritate, quam communi omnium gentium jure reguntur, multumque hic valent, ac præcipuam fidem merentur judicia & sententiæ illustrium Scriptorum, cum Philosophorum & Historicorum, tum Oratorum, etiam & Poëtarum. Denique juris publici tractatio atque cognitio fere a Jurisconsulto hodie non expectatur, si causas publicorum criminum atque alia nonnulla excipias.

1. Publica conventio, definitore Ulpiano in *l. conventionum.* 5. *ff. hoc tit.* est, quæ fit ex causa publica. Hujusmodi autem pactorum faciendorum potestas penes eos solos est, qui summæ rei præsunt, aut qui eam potestatem ab his, quorum ea propria est, acceperunt. Ulpianus *d. l.* 5. quid sit publica pactio declarat duobus exemplis: *Publica*, inquit, *conventio est, quæ fit per Principem*, (ita enim omnino legendum est cum Russardo, non *per pacem*, quod idoneum sensum non habet.) *aut quoties inter se duces belli quædam paciscuntur.* Græci hunc locum sic reddunt, δημόσια δὲ (σύμφωνα) τὰ περὶ ἐξουσιαστῶν ἢ ἡγεμόνων ἐθνῶν, πρὸς εἰρήνην τυχὸν, ἢ ἄλλό τι τοιοῦτον *publicæ conventiones sunt, quæ fiunt per principes aut duces exercitus, veluti ad pacem, aut aliud quid tale.* Et quidem dubium non est, quin Princeps de negotiis ad rempub. spectantibus recte atque utiliter paciscatur, sive pacem sive aliud quodcunque fœdus cum hostibus faciat: siquidem pactiones inire etiam quæ bellum finiant, eorum est, quorum est bellum, cum suæ quisque rei moderator sit atque arbiter.

2. Sed

2. Sed quæritur, pacem faciendo cum hostibus, an privatorum damna atque injurias ob causam belli acceptas remittere possit? Et puto posse. arg. *l.* 1. §. 2. in verbis, *sunt enim quædam publice utilia. ff. de just. & jure. c. in nostra.* ibi *pro bono concordiæ. ext. de injur.* Atque omnino concludimus remissionem favore publicæ pacis factam, etiamsi facta sit invitis subditis, valere, si aliter discordiæ sedari & pax haberi nequeat: & maxime cum occupata per injuriam bona longo tempore possessa sunt, quæ si a possessoribus auferantur, multa concuti & perturbari necesse sit. Optimæ conciliationes sunt, quæ iram & offensarum memoriam delent, & ut ait Isocrates *Plataic.* εἰρήνης οὔσης οὐ προσήκει μνησικακεῖν περὶ τῶν πρὸ γιγνομένων, *in pace non decet ante maiorum recordari.* Et omnino in fœderibus ineundis non tam cogitandum est de sarcienda in præsens amicitia, quam id curandum, ne partes, quæ non ad differenda, sed ad auferenda mala conveniunt, bello iterum implicentur, ut disputat Dionys. Halicarnassensis *lib.* 3. Exemplum habemus apud Val. Maximum *lib.* 4. *c. de animi moderatione*, de Thrasybulo, qui cum civitatem Atheniensium triginta tyrannorum sævitia liberasset, plebiscitum interposuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret; quæ malorum oblivio ἀμνηστία ab ipsis vocitata est. Quod exemplum & M. Tullius aliquando Romæ publico otio consulere volens sequendum esse censuit, *Philipp.* 1. *in princ. Bodin. lib.* 2. *de repub. c.* 5. & *lib.* 5. *c.* 6. *Grot. lib.* 3. *de jur. bell. & pac. c.* 20. *Duar. ad l.* 5. *ff. hoc tit. Gail.* 2. *obs.* 57. & *de pace publ. n.* 25. *Matt. Cuno tract. de pact. c.* 22. *per tot. vide & Vasq.* 1. *contr.* 4.

3. Pacti vero non publici, sed privati species est, cum Princeps paciscitur aut contrahit cum subditis, verbi causa, emendo aliquid, aut vendendo: neque enim hoc facit, qua Princeps: & verissimum est, quod vulgo jactatur, Principem in his jure privatorum uti. Nam quod legibus solutus esse dicitur, hoc non eo pertinet, ut ad contractus observantiam adstringi non debeat. Lex naturalis est, quæ fidem servare jubet: qua proinde neque populi consensu, neque senatus auctoritate solvi potest.

4. Alterum exemplum publicæ conventionis affert Ulpianus *d. l.* 5. *hoc tit.* de ducibus belli inter se paciscentibus. Non tantum igitur Princeps, iive, qui summum imperium habent, pacta cum hostibus inire publicæ utilitatis causa possunt: verum etiam ducibus belli idem permissum est. Cæterum belli duces non nisi de iis rebus, quæ ad administrationem belli pertinent, deque his, quæ ipsis concessa intelliguntur, jure pacisci possunt. Unde petenda decisio quæstionis, quæ ab interpretibus movetur, an a ducibus belli citra principis aut populi consensum, cujus nomine & auspiciis bellum geritur, pax aut induciæ constitui possint.

5. Dicendum enim est non posse, nisi hoc specialiter iis concessum sit; eumque, cui ducendi regendique exercitus, aut etiam in universum belli gerendi cura commissa sit, pacem cum hostibus faciendo, fines mandati & muneris sui excedere; neque enim belli gerendi pars est, bellum finire. Agesilai responsum ad Persas fuit, εἰρήνης τὴν πόλιν εἶναι κύριον, *pacis arbitrium penes civitatem esse.* Eumenes apud Livium *lib.* 37. *Qui rata ista pax erit, quam non ex auctoritate senatus, non jussu populi Romani peregerimus?* Et Sallustius de pace inter Aulum, exercitus Romani ducem relictum, dum frater consul Albinus Romam proficiscitur, & Jugurtham Numidarum regem facta, *Senatus*, inquit, *uti par fuerat, decernit, suo atque populi injussu nullum potuisse fœdus fieri.* Ac pari de causa nec Caudina, nec Numantiana sponsio populum Romanum obligavit.

6. Plane

6. Plane inducias dare ducum eſt, nec ſummorum tantum, ſed etiam minorum, ſed iis ſolum, quos oppugnant, aut obſeſſos tenent, & ſe ſuaſque copias quod attinet: nam alios duces pares non obligant, quod Fabii & Marcelli hiſtoria apud Livium *lib.* 24. declarat. Manifeſte igitur labitur Bartolus in *d. l.* 5. *ff. hoc tit.* cum ſimpliciter pronuntiat, ducem belli, aut, ut ipſe loquitur, capitaneum guerræ poſſe facere treugam ſeu inducias indicere. Rurſum ducibus non competit homines, imperia, agros bello quæſitos concedere: qua de cauſa Syria Tigrani adempta, quanquam Lucullus dederat. In res alias, quæ in præda ſunt, jus aliquod concedi ducibus videmus, non tam ex vi poteſtatis, quam cujuſque populi moribus. Enimvero nondum quæſita condonare omnino in ducum eſt poteſtate: quia homines cum oppidis ſæpe ſe dedunt ſub conditionibus vitæ ſalvæ, aut & libertatis & bonorum, de quibus ſummæ poteſtatis arbitrium exquiri res plerumque non patitur. Plenius hæc exequitur *Grot. lib.* 3. *de jur. belli & pac. c.* 22. *add. Bodin. lib.* 5. *de repub. c.* 6.

CAP. III.

An fides hoſtibus, prædonibus, piratis data ſervanda ſit?

1. *Etiam hoſtibus fidem datam ſervandam eſſe.*
2. *Dolus malus eſt poſt fidem datam hoſtem fallere.*
3. *Explanatio* l. 2. C. de commerc. & mercat.
4. *Prædones quoque & piratas communionem habere juris naturæ.*
5. *Promiſſionem impunitatis factam atrox aliquod facinus detegentibus ſervandam eſſe.*

FIDEI obſervatio eſt ex jure gentium. *l.* 1. *ff. hoc tit. l. cum amplius.* 84. §. 1. *de reg. jur. l. bona fides.* 31. *ff. depoſ.* Itaque cum jure gentium quælibet juſta pactio vim obligandi habeat, apparet etiam hoſti fidem datam ſervandam eſſe: nam & cum hoſtibus jus gentium colitur. *l. ult. ff. de legationib.* Utique enim ſi cum hoſtibus quoque ſit communio juris gentium, cum iiſdem etiam conventionum, ac proinde & obligationum communio ſit neceſſe eſt. Silius Italicus *lib.* 25.

—— Optimus ille
Militiæ, cui poſtremum primumque tueri
Inter bella fidem.

Denique ſi fidem hoſtibus datam contemnere liceat, nihil aliud inde ſequi poterit, quam perpetua diffidentia, cædes & bellum perenne. Sed hic nobis occurritur ex Ulpiano *l.* 1. §. 3. *ff. de dol. mal.* ubi ait bonum dolum eſſe, & pro ſolertia haberi, ſi quis contra hoſtem aliquid machinetur, eumque fallat. Cui non abſimile illud Auguſtini in *c. dominus. cauſ.* 23. *quæſt.* 2. *In juſto bello ad juſtitiam nihil intereſt, aperte an ex inſidiis pugnetur.* Et quod apud Ammianum Marcellinum legimus, *nullo diſcrimine virtutis ac doli proſperos omnes laudari debere bellorum eventus.*

2. Reſpondeo, id verum eſſe concedo, antequam fides data eſt: at fides ſemel data ſervanda eſt, quia cum hoſte jus gentium colimus. Auguſtinus *Epiſt.* 1. *ad Bonifacium*, cujus fragmentum relatum eſt in *c. noli. cauſ.* 23. *quæſt.* 2. *Fides*, inquit, *quando promittitur, etiam hoſti ſervanda eſt, contra quem bellum geritur.* Hinc eſt, quod qui legatos

tos hostium violant, eos jus gentium violare apud auctores passim legimus. *d.l.ult. de legation. Liv. lib.* 15. & 38. *Cic. Verrin.* 3. Quamobrem malo, turpi ac vafro commento pacta eluserunt, & perfidiæ velamentum quæsiverunt Thraces, qui olim pacti aliquot dierum inducias, noctu excursiones agebant. Item male Romani, qui cum ex pactis cum Antiocho initis dimidium navium Antiocho relinquere debebant, naves dissecuerunt, dimidiumque incenderunt, altero dimidio relicto. Hic dolus quoniam post fidem datam adhibetur, malus est; cum contra si fides hosti data non sit, licita sit omnis machinatio: eoque pertinet illud Virgilii *lib.* 11.

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat?

3. Udalricus Zasius objicit huic sententiæ *l.* 2. *C. de commerc. & mercat.* Sed satis constat etiam cum barbaris juris gentium communionem esse. *l. Divus Hadrianus.* 6. *in fin. ff. de bon. damnat.* Deinde aliud est, aurum illis subtili ingenio & arte honesta subducere, quod licet; aliud fidem datam fallere, quod non licet. Vetat ibi Imperator aurum ad illos exportare: quod & hodie in Anglia, Hispania, & alibi non licet. & ita Athenis multa erant, quæ dicebantur ἀπόῤῥητα, nimirum τὰ ἀπειρημένα ἐξάγειν, quæ vetita erant e terra Attica exportari, ut πίσσα ἢ ναυπηγήσιμος ὕλη, abies, pix, stuppa, &c. Denique jubet Imperator, ut potius ingenio & arte, nempe per negotiationem aurum ex illis locis deducatur in Romanorum ditionem, dum Romani illuc merces deferunt, & pro iis aurum accipiunt.

4. Sed quid de prædonibus & piratis? Sane hi non sunt justi & legitimi hostes. *l. hostes sunt.* 24. *ff. de capt. & postlim.* Cæterum idem hic dicimus, quia etiam cum illis nobis est communio juris gentium. *l. bona fides.* 31. *ff. depos.* Non habent quidem isti specialem istam communionem, quam inter hostes in bello solenni introduxit jus gentium: attamen quia homines sunt, communionem habent juris naturæ, ex quo nascitur, ut pacta sint servanda. Cæsar *lib.* 3. *de bell. civil.* aperte scribit, actum a Romanis ducibus in Pyrenæis montibus cum prædonibus & fugitivis de compositione, legatosque ad eos missos fuisse. Belli piratici magnam partem Cn. Pompejus pactionibus confecit, vitam illis pollicitis, & sedes, in quibus sine rapto viverent: & tyranni interdum libertatem reddiderunt impunitatem pacti. Diodorus memorat Apollonio fugitivorum duci fidem servatum a Lucullo: alii id genus alia. At inquies, qui atrociter malefici sunt, neque pars sunt ullius civitatis, hi a quovis homine puniri possunt, si jus naturæ respicimus. Qui vero puniri possunt, ut vitam amittant, his etiam & res & jura sua possunt auferri: neque enim est contra naturam spoliare eum, si possis, quem honestum est necare, ut recte disputat Cicero *lib.* 3. *de offic.* Inter jura autem est etiam hoc jus ex promisso quæsitum: potest igitur & hoc ei in pœnam auferri. Respondeo processurum hoc, si non tanquam cum malefico actum esset: at siquando cum tali, qua talis est, actum est, simul de remittenda, quod hanc rem attinet, pœna actum censeri debet: quia semper ea sumenda interpretatio est, quæ cavet, ne actus in vanum recidat. *l. quotiens.* 12. *l. ubi.* 21. *de reb. dub.* Non male apud Livium *lib.* 34. Nabis, cum tyrannidem ei objiceret Q. Flaminius, *De nomine hoc respondere possum, me qualiscunque sum, eundem esse, qui fui, cum tu ipse mecum, T. Quinti, societatem pepigisti.* & mox: *Jam feceram hæc, qualiacunque sunt, cum societatem mecum pepigistis.* addit, *Si quid ego mutassem, mihi meæ inconstantiæ; cum vos mutetis, vobis vestræ ratio reddenda est. Grot. lib.* 3. *d jure. bell. c.* 19. *n.* 3. & *seqq.*

5. Quid dicendum de magistratibus, qui conjurationem in rempub. aliudve atrox facinus

facinus detegentibus impunitatem aut præmium aliquod pollicentur? Nimirum quibus fides publica ob hujusmodi causam datur, eos non decipi non modo suadere rationem naturalem, verum etiam civilem quandam, ne scilicet cæteri in futurum ad similia facinora indicanda fiant tardiores. Atque ita S. P. Q. R. de Catilinariæ conjurationis indicibus Cicerone consule faciendum decrevit. *add. Bodin. lib. 5. de republ. c. 6 Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 19. & 4. seqq. Hotom. illustr. contr. c. 7. Cunon. tract. de pact. c. 29. n. 35. & seqq.*

CAP. IV.

De pactis legitimis.

1. *Legitima conventio quid.*
2. *Exempla vetera pactorum legitimorum, & in his specialis juris ratio.*
3. *Aliud exemplum vetus, cum ratione juris singularis.*
4. *Exemplum pacti legitimi recentius, sc. quo dos promittitur.*
5. *Alia nova species, pactum donationis.*
6. *Item alia, qua usuræ argentariis promittuntur.*
7. *Ad pacta legitima referri posse & pacta honoraria, constitutum, & conventionem de pignore.*
8. *Exempla pactorum legitimorum, quibus actio ipso jure tollitur: inter quæ & lex commissoria & addictio in diem.*
9. *Laudatur Græcorum de pactis legitimis sententia.*
10. *Stipulatio, acceptilatio, contractus literarum an species conventionis legitimæ.*

PRIVATA conventio est, quæ fit ex causa & de re cujusque privata ac familiari. Eaque vel legitima est, vel juris gentium. *l. 5. ff. hoc tit.*

1. Legitima est, quæ manente nuda ac simplici forma conventionis, ex speciali confirmatione alicujus legis efficax est vel ad obligandum & agendum, vel ad obligationem & actionem ipso jure tollendam. Confirmationem dicimus specialem: nam & contractus juris gentium possunt dici jure civili confirmari, sed tantum in genere, scilicet hoc ipso, quod recepti sunt: quippe usus quoque vim approbationis habet. §. 1. *Inst. de obligat.* hoc tamen non obstante conventiones juris gentium appellantur. *l. juris gentium. 7. pr. ff. hoc tit.*

2. Pacta legitima, quæ quidem actionem producerent, nulla adhuc fuisse tempore Pauli, cujus est *d. l. 6. hoc tit.* existimat Antonius Faber, sed fallitur. Nam talis pacti exemplum habemus in *l. etiam. 30. ff. de usur.* item in *l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fœn.* quarum in altera idem ille juris auctor tradit etiam ex nudo pacto civitatibus deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum, in altera illud etiam obtinere in pecunia trajectitia, id est, ea, quæ trans mare vehitur periculo creditoris. quod ipsum, & a Scævola, qui sub Antonino Philosopho floruit, traditum est. *l. periculi. 5. §. 1. d. tit.* Licet autem incertum sit, quarum legum id auctoritate sit introductum; illud tamen satis constat, contra rationem juris communis utrumque constitutum esse jure singulari; ac proinde speciali aliqua lege aut constitutione pacta ista fuisse confirmata, alterum haud dubie ob favorem reipub. alterum propter periculum, quod creditorem pecu-

niæ nauticæ ſpectat, ex quo navem navigare convenit. *l. 3. d. tit.* Regulariter enim & jure communi uſuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum ſtipulationis non debentur. *l. Titius. 24. ff. de præſcr. verb. l. 5. §. 2. ff. de ſolut. l. 3. C. de uſur.* atque hoc apud Paulum quoque & Scævolam oſtendunt particulæ *&*, *etiam*.

3. Aliud exemplum pacti legitimi, jam tum ætate Pauli confirmati, nobis ſuppeditat *l. frumenti. 12. C. de uſur.* ubi Alexander Severus, cui Paulus a conſiliis fuit, reſcribit, etiam ex nudo pacto acceſſionem ſive uſuras frumenti vel hordei mutuo dati præſtandas eſſe: in quo item jus eſt ſingulare; nam regulariter, ut jam dictum eſt, uſuræ pecuniæ creditæ peti nequeunt, niſi in ſtipulatum deductæ fuerint. *l. 1. l. 3. C. eod.* Huic autem ſpeciali juri forte cauſam præbuit utilitas & neceſſitas publica, ut invitarentur creditores ad facilius eas res mutuo dandas, quæ ad victum omnino ſunt neceſſariæ, & quarum ob id uſu minus carere poſſumus, quam pecuniæ. Forte etiam, quod frugum tum aridarum tum liquidarum æſtimatio & pretium ſubinde mutatur, pro varietate locorum & temporum. *§. ſi quis agens. Inſt. de action. l. 3. ff. de eo quod cert. loc.* Utique ob hanc cauſam διὰ τὸ ἄδηλον τῶν καιρῶν, placuit majores recipere uſuras frugum quam pecuniæ mutationem. *l. oleo. 23. C. de uſur.* de quo præclara quædam apud D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c. 8.*

4. At poſt tempora Pauli plura hujus generis pacta introducta ſunt conſtitutionibus Principum. A Theodoſio & Valentiniano vim conventionis legitimæ accepit pactum, quo dos promittitur. *l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiſſ.* Quamquam autem Connanus *lib. 5. comm. c. 3.* & Donellus ad *l. legem. 10. C. hoc tit.* putant pactum de dote danda eſſe conventionem, cui ſubſit cauſa, videlicet ipſa nuptiarum coitio; propterea quod promiſſioni dotis ſemper inſit hæc conditio. *ſi nuptiæ fuerint ſecutæ. l. ſtipulationem. 21. ff. de jur. dot.* ac proinde promiſſionem talem incidere in contractum innominatum *facio ut des*: tamen magis eſt, ut id falſum ſit. Nam ſi ratio illa, qua utuntur, bona eſſet, ex eo efficeretur, omnem pene conventionem conditionalem habere in ſe negotium & cauſam, quod utique aperte falſum eſt. Sed nec quodlibet factum ad conſtituendum contractum innominatum intervenire ſufficit, verum tale intervenire neceſſe eſt, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod ſit fundamentum συναλλάγματος & actionis civilis. At tale factum non eſt, uxorem ducere aut nuptias contrahere. Accedit, quod ex cauſa *facio ut des* datur actio aut præſcriptis verbis in id, quod intereſt, aut de dolo (nihil enim nunc refert, utra detur.) Neutrum autem horum eſt in caſu propoſito, & dos plerumque exigitur condictione certi. Quid quod & poſt contractas nuptias dos promitti poteſt, ut hic quoque pactum ſit utile ad exactionem. per *d. l. 6.* Denique novum in *d. l. 6.* jus conſtitui ex eo ſatis apparet, quod etiam ante illam conſtitutionem ex contractu *facio ut des* certo jure actio competiit. *l. 5. § 3. l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb.* & recte itaque Græci apud *Harmenop. lib. 4. tit. 8. §. 13.* ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας χρεωστεῖ ὁ πατὴρ προῖκα. i. e. *ex nuda promiſſione pater dotem debet.* Cæterum hujus diſputationis nulla amplius hodie videtur eſſe utilitas, poſtquam auctoritate conſtitutionis Juſtinianeæ *l. un. C. de rei ux. act.* ſemper fingatur interveniſſe ſtipulatio tam ex parte mariti, quam ex parte uxoris, ita recte *DD. comm. poſt Gloſſ. Cyn. & Salic. in d. l. 6. de dot. promiſſ.* diſſentit tamen *Fortun. Garz. in l. 6. ff. hoc tit. n. 23. & ſeqq.* contendens ſtipulationem ex parte uxoris duntaxat fingi interveniſſe in *d. l. un. C. de rei ux. act.* non autem ex parte mariti, ut ut verba legis expreſſe repugnent.

5. Conſtitutione Juſtiniani confirmatum eſt pactum donationis, quod in præſens conce-

conceptum est, seu quo quis in præsentia se donare dicit, veluti, dono tibi centum aureos: ex hoc enim pacto, licet nudo, Justinianus actionem dedit contra regulam juris antiqui. *l. si quis argentum.* 35. §. *ult. C. de donat.* §. 2. *Inst. eod.* Quod si pactum donationis causa in futurum conceptum sit, veluti si quis dixerit, donabo tibi centum aureos, manebit hic etiamnum jus vetus, neque ex nuda hac pollicitatione promittens magis nunc obligabitur, quam ante, *arg. l. præcipimus. in fin. C. de appell.*

6. Ejusdem Principis constitutione Novella 136. *c.* 4. cautum, ut usuræ etiam ex nudo pacto debeantur argentariis: quod cautum propter communem utilitatem, quam in contractibus exhibent ἀργυροπρᾶται sive argentarii, dum multis se periculis immiscent, ut ingruentibus aliorum necessitatibus medeantur. Eandemque ob causam placuit certas usuras, & quidem besses, argentariis præstandas esse, etiamsi modus certus usurarum dictus non sit: quod in aliis non habet locum. *l. quod in stipulatione.* 31. *l. tutor.* 41. §. *ult. ff. de usur.* τοὺς γὰρ πᾶσι σχεδὸν τοῖς δεομένοις ἑτοίμους ὄντας βοηθῆσαι οὐκ ἂν εἴη δίκαιον ὑπὸ ἰδιώτης λεπτότητος ἀδικεῖσθαι, ait Justinianus *d. Nov.* 136. *c.* 4. *lib.* 24. *Basil. tit.* 4. *c.* 4.

7. Possunt huc etiam referri pacta, quæ jure honorario confirmata sunt ad actionem pariendam, cum eundem effectum edictum prætoris habeat, quem habet lex aut senatusconsultum; quo intuitu edictum prætoris etiam ab ipso Cicerone *act.* 3. *in Verr.* lex appellatur: maxime autem hodie postquam ex confirmatione Justiniani edicta prætorum non minus pro legibus, quam cæteræ partes juris civilis haberi cœperunt. Hujus autem generis pacta duo in jure nostro occurrunt, constitutum sive conventio, qua quis citra stipulationem constituit se soluturum, quod vel ipse, vel alius debet. *tit. ff. & C. de pecun. constit.* item conventio de pignore. *l. si tibi.* 17. §. 2. *ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait, de pignore jure honorario ex pacto actionem nasci, hoc nimirum significans, jure prætorio etiam nuda conventione pignus obligari, creditorique constitui jus in re. *l.* 1. *ff. de pign. act.* ac pro re ista persequenda etiam actionem creditori edicto propositam esse, actionem videlicet in rem, Servianam vel quasi Servianam sive hypothecariam. §. *item Serviana.* 7. *Inst. de action.*

8. Posterioris generis pacta legitima, quibus scilicet ipso jure obligatio & actio tollitur, sunt, ne furti, ne injuriarum agatur. *l. si tibi.* 17. §. 1. *l. si unus.* 27. §. 2. *vers. sed si pactum.* & §. 4. *ff. hoc tit.* quippe quæ pacta lex duodecim tabularum confirmat, dum de furto deque injuriis pacisci expresse permittit. *l.* 7. §. *si paciscar.* 14. *in fin. ff. eod. Gell. lib.* 20. *c.* 1. Non obstat, quod de furto & injuriis pacti infames fieri dicuntur. *l.* 4. §. *ult. ff. de his qui not. infam.* Nam hoc de eo casu accipiendum est, quo quis paciscitur, postquam jam res deducta est in jus ad prætorem; quoniam ille crimen confiteri intelligitur, ut mox subjicitur ex Paulo *l.* 5. *d. tit.* utique si cum pretio quantocunque pactus sit. *d. l.* 5. §. 3. Nihil autem impedit, quominus actio ipso jure pacto tollatur, licet pactos sequatur infamia. Ad hoc posterius genus videntur etiam referri posse duæ conventiones in contractu emptionis & venditionis præcipue celebrari solitæ, addictio in diem, & lex commissoria; utpote quæ & ipsæ ad hunc effectum jure civili confirmatæ sunt, ut existente conditione conventionis contractus ipso jure resolvatur, etiam postquam res integra esse desiit, secuta scilicet traditione, nisi aliud diserte placuerit. *l.* 2. *ff. de addict. in diem. l.* 1. *l.* 2. *ff. de leg commiss.*

9. Optime igitur Jurisconsultus Græcus responso περὶ ψιλῶν συμφ. Τῶν ἰδιωτικῶν συμφώνων, inquit, τὰ μὲν ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμενα, καὶ τίκτουσι καὶ ἀναιροῦσιν ἀγωγάς,

ἀγωγαί, ἐκ τῶν περὶ αὐτῶν ἐκπεφωνημένων νόμων ἢ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰσχὺν καὶ ἐνέργειαν προσειληφόται καὶ διὰ τοῦτο ἐσθ' ὅτε καὶ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγὴ, καὶ λύεται κατ' αὐτὸ δικαίον ἀγωγὴ, ἅτινα καὶ λεγιτίμοι κομβεντίονες ἐπικέκληνται. id est, *Pactorum privatorum quædam lege aliqua vel senatusconsulto confirmantur, quæ & actiones pariunt, & tollunt actiones; atque hujusmodi vim ac potestatem acceperunt a legibus aut constitutionibus specialiter de ipsis promulgatis. Quo fit, ut interdum etiam ex nudo pacto actio nascatur, & ipso jure dissolvatur: quæ appellantur conventiones legitimæ.* Cujusmodi autem hæ conventiones sint, mox declarat hujusmodi θεματισμοῖς· ὅτε ἐπαγγέλλωμαι προικίζειν τινὰ καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνίᾳ λαμβάνειν τόκους· ὥσπερ οὖν καὶ ἐπὶ τῷ ἐνεχύρῳ γινόμενον, σύμφωνον, κἂν σιωπηρὸν ᾖ, τίκτει ἀγωγὴν τὴν Σερβιανήν. ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον, καὶ αὐτὴ τὸν ἐξ λέγε κονδικτίκιον. id est, *cum alicui me dotem daturum polliceor, & cum civitas pecuniam fœnori dans usuras sibi paciscitur: sicut & facta super pignore pactio, licet tacita sit, actionem Servianam gignit. Quin etiam donatio ex nudo pacto parit hodie condictitiam ex lege.* Et iterum exempla proferens pactorum legitimorum, quibus ipso jure actio tollitur, οἷον, inquit, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τοῦ *furti*, καὶ τοῦ *injuriarum*.

10. Stipulatio quoque legitima conventio est, quia contractus est juris civilis, a quo & formam accepit: nam cum sit conventio, *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* nec tamen conventio juris gentium, necesse est, aut manca sit divisio Jurisconsulti in *l. 5. ff. eod.* aut cum ad conventiones juris gentium non possit, referatur ad legitimas. De acceptilatione idem judicium esto. Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe confirmatam constitutionibus. *Inst. de liter. oblig.* Cæterum in contractu literarum non ex nudo & simplici consensu oritur obligatio, sed ex literis, sicut in stipulatione & acceptilatione verbis contrahitur aut solvitur, non consensu solo. Nimirum jus civile interdum robur addit conventionibus adjiciendo certam formam, interdum simpliciter confirmando: & hujus posterioris generis conventiones proprie in usu juris legitimæ dici videntur, nempe quæ, ut supra dixi, manente simplici ac nuda conventionis forma speciali aliqua lege aut constitutione confirmantur; arg. *l. legitima. 6. ff. hoc tit.* αἱ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμεναι, ut Græci.

CAP. V.

De conventionibus nudis.

1. *Nudæ conventionis definitio variis exemplis illustrata.*
2. *Eadem confirmata Græcorum auctoritate.*
3. *Pactum non desinit esse nudum interveniente scriptura.*
4. *Interdum appellatione pacti nudi etiam alias conventiones comprehendi.*
5. *Nudam conventionem passim in libris nostris appellari pactum simpliciter.*
6. *Pactum nudum non explicationis tantum causa dici, sed etiam discretionis.*
7. *Vox* nudum *quid hic significet.*
8. *Argumenta eorum, qui negant pactum nudum pacti esse speciem.*
9. *Confutatio argumenti primi.*
10. *Contradicentia esse, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id pactum esse.*
11. *Vocem* nudus *notam esse discretionis, non alienationis.*

12. *In*

12. *In pactorum materia nomine conventionis nunquam aliud significari, quam duorum aut plurium in idem consensum.*
13. *Nunquam significari conventionem aliquam oppositam pactioni.*
14. *Nusquam indefinite traditum ex pacto actionem nasci: sed contrarium, non nasci.*
15. *Apud Ulpianum* l. 7. §. 4. hoc tit. *aliter legi in plerisque aliis codicibus, aliter in Florentino, cum examinatione utriusque lectionis, & vulgatæ interpunctionis.*
16. *Quid sit, placiti fine stare.*
17. *Pactum nudum etiam id, quod serium: alias pacti nomen non mereri.*
18. *Remuneratoria arcani alicujus promulgatio.*

PRIVATÆ juris gentium conventionis species sunt duæ, nuda una, altera non nuda, quam vestitam vulgo magistri juris appellant, & pactum vestitum, verbo magis, quam sensu inconcinno. Divisio hæc fundata est in *l. juris gentium.* 7. §. 1. 2. & 4. *ff. hoc tit. l. si dominus.* 8. *l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb. l. legem.* 10. *C. hoc tit.*

1. Nuda conventio est, quæ in nudis placiti finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem. *dd. ll. l. si tibi.* 27. *C. de locat.* ut ecce, si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum; vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres; vel ut ego hanc partem hereditatis nobis delatæ obtinerem, tu illam; aut ut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares ad opus faciendum, &c. hæ conventiones & similes nudæ sunt & dicuntur: quia nec in aliud nomen transeunt, nec in his ad conventionem alia causa obligandi, puta datio aut factum aliquod accedit; sed solo placiti fine stant.

2. Ad hunc eundem modum & Græci pacta nuda, quæ ψιλὰ σύμφωνα vocant, definiunt, nempe quæ neque εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος, οὔτε ἐπὶ τοῦ προτοτύπου ἵσταται γένους. *respons.* περὶ ψιλ. συμφ. & mox iterum *ibid.* οὐδὲν γὰρ ἤτοι ψιλόν ἐστι σύμφωνον, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον, ἡγησαμένης, προτέρου δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει. *Nudum pactum est, quod non transit in proprium nomen contractus, quod in eodem genere non stat dato prius aliquo vel facto, ut detur vel fiat.* & apud Harmenopulum *lib* 1. *tit.* 9. περὶ ψιλ. συμφ. ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει. *Cum non præcesserit datio, sed tantum de dando convenerit.*

3. Et quamvis igitur scriptura intervenerit, non ob id tamen nudum pactum esse desinit, arg. *l.* 7. §. *quod fere.* 12. *ff. hoc tit.* quippe scriptura vim pacti mutare non potest, cum non sit causa obligandi, sed duntaxat probationis gratia adhibeatur. *l.* 4. *ff. de instrum.* hoc etiam D. Salmas. *ubi sup. c.* 12. Quod si talis conventio lege vel senatusconsulto adjuvetur, jam quidem suo sensu non amplius nuda est, sed tum fit conventio legitima. *l. legitima.* 6. *ff. hoc tit.* Cæterum etiam hujusmodi pacta nuda appellari solent, respectu scilicet simplicis formæ conventionis, & ad differentiam stipulationis. *l. etiam.* 30. *ff. de usur. l. frum.* 12. *C. eod. tit.* quanquam huc non pertinent.

4. Illud obiter hic monendum, interdum appellatione nudi pacti plus comprehendi, & nimirum alias quoque conventiones; id quod ex adjuncto & comparatione rei, cui pactum opponitur, facile intelligi poterit, puta si opponatur non conventioni diversæ, sed traditioni: tunc enim complectitur conventiones omnes, quæ nudæ sunt a traditione, etiamsi alias nudi placiti terminos egrediantur. *l. traditionib.* 20. *C. hoc tit. l. qua ratione.* 9. §. *interdum.* 5. *ff. de acq. rer. dom.*

5. Nuda

5. Nuda conventio, quæ & nuda pactio & pactum nudum, ſæpe etiam in libris juris noſtri pactum ſimpliciter appellatur. *l. juris gentium. 7. §. quinimo. 4. & ſeqq. ff. hoc tit. l. legem. 10. C. eod. l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb. l. ſi tibi. 27. C. de locat. l. 1. C. de pact. conv. tam ſup. dot. l. 5. §. 2. ff. de ſolut. l. 5. C. de contr. ſtipul.* Ex quibus locis apparet idem valere, ex pacto actionem non naſci, atque ex nudo pacto non naſci. Neque tamen ideo aſſentiendum Cujacio ad *l. 1. ff. hoc tit.* aut Weſenb. *parat. eod.* qui contendunt, pactionem nunquam nudam dici κατὰ διαστολὴν, ſed pactum omne, ut nudum eſt, ita etiam ſic appellari ſuo perpetuo epitheto, explicationis cauſa, non diſtinctionis, quaſi eſſet aliquod pactum, nudo oppoſitum & veſtitum: nam quod nudum pactum etiam ſimpliciter pactum appellatur, id fit more Juriſconſultis uſitato, quibus familiare eſt, idem nomen nunc in genere, nunc in ſpecie uſurpare; aperteque refelluntur Cujacius & Weſenbecius verbis *d. l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb.* ubi Ulpianus ex propoſita conventione actionem oriri ait, quia non ſit nuda, ne quis dicat ex pacto actionem non naſci, item *d. l. legem. 10. C. hoc tit.* quo loco Imperator, quod dici ſolet ex pacto actionem non naſci, id tunc obtinere reſcribit, cum pactum nudum eſt. Unde profecto plus quam manifeſtum eſt, pactum nudum non tantum explicationis cauſa dici, verum etiam diſcretionis gratia, quod quædam pacta ſint non nuda, quæ docendi cauſa interpretes vulgo appellant veſtita, non tam inepto ſenſu, quam nomine: nec tamen nomine prorſus inepto.

6. Nudum autem hic minime vox eſt alienans, ut quidam auſi ſunt aſſerere ſine ulla auctoritate & contra perpetuum uſum juris & omnium ſcriptorum, ſed nudum dicitur per tranſlationem ſolum & ſimplex, quod tantum pactum ſit, nihil amplius, atque ut Imperatores loquuntur in *l. ſi tibi. 27. C. de locat.* quod nudo fine placiti ſtat; unde & ſolum pactum dicitur. *l. major annis. 23. C. de pig.* Similis tranſlatio eſt, cum nudum conſenſum, nudam proprietatem, nudam notionem, nudam rationem, voluntatem, cogitationem, &c. dicimus. Sic nuda veritas, ſimplex, nullis velata coloribus. ψιλοὶ λόγοι apud Ariſtotelem 3. *Rhetor.* oratio proſa & ſoluta, quaſi nuda ornamentis, minimeque conveſtita. & apud Demoſthenem κατ' ἀφόδου, ψιλὸς λόγος opponitur ἐσκευασμένῳ. oratio nuda ornatæ veſtitu apud Ciceronem *lib. de clar. orat.* Quamobrem cum de re conſtet, hoc eſt, eſſe quædam pacta nuda, quædam contra non nuda, futile ſit de nomine litem movere, & offendi verbo *veſtiti*, quo Doctores docendi gratia utuntur, ut a nudo pacto diſtinguant, quod nudum non eſt. Denique tantum non meræ nugæ ſunt, quæ ſuperiori diſtinctioni objiciuntur, veluti quod non quia medici morbos quoſdam acutos vocant, ideo alii ſint obtuſi: ut enim ita non appellentur, ſunt tamen quidam morbi non acuti, aut acutis oppoſiti, quocunque tandem nomine eos appelles. Illum ſane non acutum, ſed obtuſum fuiſſe neceſſe eſt, qui in publica diſputatione interrogatus a Duareno, cur non item cogitationem partiretur in nudam & veſtitam, illico obmutuiſſe dicitur. Quoniam vero ſunt, qui hanc pacti in nudum & veſtitum diſtributionem ex alia parte vellicant, quaſi pactum nudum ſeu pactio aut conventio nuda non ſit ſpecies pacti aut conventionis, cui proinde nec pactionis definitio conveniat, etiam adverſus eos ſupra dicta diſtributio munienda ac ſtabilienda eſt. Quanquam autem tam portentoſa opinio ſatis ſolide nuper ab incerto quodam auctore confutata eſt; tamen quia id adverſariis ejus minime videtur, objicientibus ei, quod quædam ſilentio præterierit, quia nihil ad ea potuerit reſpondere, aut quia argumenta eorum ſolvere non potuit, ea commento eludere; quædam

dam etiam ab iis esse dicta, quæ a nemine unquam audiverit; credo quia sacris nondum initiatus erat, cui proinde mysteria aperire nefas: denique quia non satis bona fide cum eo agunt, e re erit ex integro causam istam hic tractari. Defendit auctor ille omnium ætatum interpretum sententiam contra novitium commentum, idque sine ulla calumnia, sine contumelia, sine ullo convitio, sale tantum aliquo asperso, sine quo quicquid in hujusmodi concertationibus scribitur, fatuum est. Illi vero invehuntur in hominem insontem, tanquam quem agitaverit genius ex calumniandi & convitiandi libidine, cui os sine fræno, & cujus virus ipsa virtus provocet. Non sunt hæc ἀγαθοῦ δαίμονος. Sed mittam ista, ipsamque rem aggrediar suscepta causa assumptaque persona tam indigne accepti mortalis, per cujus latus quinam petantur, sunt qui putant se non ignorare.

8. Cur igitur nudum pactum aut nuda conventio non est species pacti aut conventionis? Quoniam ajunt 1. Quicquid prædicatur de genere, id etiam prædicatur de quavis ejus specie: de pacto autem prædicatur, quod actionem pariat, de pacto nudo non item. 2. Quia conventio nuda dicitur, cui nulla subest causa propter conventionem, & quæ nudo placiti fine stat. Ex quo inferunt pactum nudum non posse dici duorum vel plurium in idem placitum consensum, nullaque pacta proprie nuda dici, quæ deliberato animo fiunt, quippe quibus omnibus subsit causa propter conventionem: per causam autem intelligunt eam causam, quæ paciscentes movit ad conveniendum. Hic ego cum incerto illo auctore, cujus personam nunc gero, tot esse puto errores, quot ferme verba.

9. Nam 1. pactum nudum & non nudum diserte in jure nostro, ut diversæ pactorum & conventionum species distinguuntur, & inter se opponuntur. Respondent illi, hoc ipsum sententiam suam omnino confirmare: nam si pactum, ajunt, a pacto nudo distinguatur, ut una species ab alia, non potest pactum nudum dici species pacti, non magis quam homo species bruti, aut brutum hominis. Ecce qua fide hic agant. Nos dicimus pactum nudum & non nudum diversas esse pacti species, pacto, ut generi, subjectas: illi lectoribus imponunt, quasi dixissemus, pactum & pactum nudum species esse oppositas: unde mox captant occasionem ostendendi, quam rudes parumque versati simus in arte disserendi.

10. 2. Contradicentia sunt, asserere pactum aliquod esse nudum,& negare id esse pactum. Etenim contradictio hic est in adjecto,sive oppositum in apposito. Utique enim juxta regulam Logicorum abest tertii adjecti adest secundi adjecti valet consequentia affirmando, v. c. ille est nudus homo, ergo est homo;illa est nuda oratio,ergo est oratio. Explodit M. Tullius Atticum dicentem mortuos esse miseros,& negantem tamen mortuos esse. Quis non etiam explodat eos,qui negent nudum assensum, nudam approbationem, nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, &c. esse assensum, approbationem, vocem,voluntatem,consensum? Sed ajunt non eundem esse tropum in voce *nudus* adjecta rebus cæteris,qui est in eadem voce addita pacto aut conventioni: nimirum quia tum vox ista non tantum restringens,sed etiam alienans sit:idque ex eo probant,quod definitio pacti sive conventionis nudo pacto sive conventioni nudæ non conveniat. Atqui hoc perinde est,ac si dicerent,orandum est pro mortuis,quia sunt in purgatorio. Nam pro argumento& antecedente sumunt,& sibi concedi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ id quod est in quæstione;quæ manifesta captio est:hoc enim inter nos est controversum,an pacti definitio etiam nudo pacto conveniat,

veniat, quod illi ſoli negant, cæteri omnes affirmant. Similis petitio principii eſt, cum ajunt ideo pactum nudum pactum non eſſe, quia non habet cauſam; quoniam cauſam intelligunt, ut ipſi interpretantur, quæ impulit ad conventionem ineundam. hic enim iterum, quod maximum vitium eſt in diſſerendo, ſumunt φισβητούμενον ἀντὶ τοῦ ὁμολογουμένου. Nam talem cauſam etiam pacta, quæ veteribus proprie nuda dicuntur, habere cæteri fere conſentiunt. Sed de hoc fuſius infra.

11. Qua vero auctoritate freti audent dicere vocem illam *nudus* adjectam pacto eſſe alienantem, cum alias ſemper ſit diſcernens? Velim mihi proferant locum aliquem ex ullo idoneo ſcriptore, ubi vox iſta ſignificet ἀλλοτρίωσιν, alienationem ſubjecti, cui adjungitur aut attribuitur. Eſt quidem vox στερητικὴ, ſignificans privationem alicujus rei, quæ alias ſubjecto attribuitur aut attribui poteſt; & ſic etiam hic ſignificat privationem cauſæ, quæ alias ad conventionem accedens pactum veſtiret: at nunquam eſt ἀναιρετικὴ ἢ φθαρτικὴ τοῦ ὑποκειμένου, ut ſignificet ademtionem aut corruptionem ſubjecti, cui attribuitur aut adjungitur.

12. Sed enim conventio, inquiunt, bifariam ſumitur, primo in genere pro tractatu inter duos vel plures habito, quo aliquid agitur vel fit; quo ſignificatu etiam nudum pactum ſpecies ſit conventionis: deinde in ſpecie pro duorum vel plurium in idem placitum conſenſu, & ita pro tractatu, quo aliquid agitur vel fit, quod ſtatim firmum ac efficax eſt, niſi quid aliud impediat; qua notione conventio, ut ſpecies conventionis in genere acceptæ opponatur pacto nudo. Quippe novum non eſſe ajunt in jure, ut unum idemque verbum & in genere & in ſpecie ſumatur, exemplo eſſe nomina adoptionis, cognationis &c. Equidem ſcio vocem conventionis eſſe πολυώνυμον, nam & conventum hominum, coïtionem, concionem, adlocutionem, interpellationem, &c. ſignificat: ſed in argumento de pactis unam duntaxat, eamque generalem & perpetuam ſignificationem habet, eandem videlicet, quam pactio, aut pactum γενικῶς acceptum, denotatque ſemper duorum aut plurium in idem placitum conſenſum. *l.* 1. §. 2. & 3. *ff. hoc tit.* Concedunt quidem illi conventionem ſignificare duorum vel plurium in idem conſenſum, ſed addunt, cum pro pacto & pactione uſurpatur: ſed oſtendant id verbi aliter uſpiam uſurpari in pactorum materia. De pacto idem non dicunt, quia prior illa ſignificatio pacto non convenit: attamen fateri debent, velint nolint, cum pactum nudum opponitur pacto non nudo, pacti verbo in genere ſumpto etiam pactum nudum, tanquam ſpeciem contineri; ac proinde etiam ſpeciem eſſe conventionis ſignificatione poſteriore, pluriumque in idem placitum & conſenſum: aut ſi non eſt, ne nudum quidem pactum dici poteſt, non magis, quam ſimia nudus homo.

13. Illud quoque me non latet, verba adoptionis, cognationis, aliaque nonnulla in jure noſtro interdum generis nomina eſſe, interdum ſpeciei; quod etiam occurrit in verbo *pactum*, quo & in genere pactum quodlibet, & in ſpecie pactum nudum ſignificatur, veluti cum dicitur ex pacto non naſci actionem: ſed idem non contingit verbo conventionis. Ubi enim conventionis verbum uſurpatur in ſpecie pro conventione aliqua oppoſita pacto? Generale eſſe hoc verbum legimus, & ad omnia pertinere de quibus negotii contrahendi tranſigendique cauſa conſentiunt, qui inter ſe agunt. *l.* 1. §. 3. *ff. hoc tit.* nuſquam ad ſpeciem aliquam conventionis; quæ pactum non ſit, contrahitur: Adoptio & cognatio cum ſint nomina generis & ſpeciei, recte dividuntur, illa in adrogationem & adoptionem, hæc in agnationem & cognationem

nem in ſpecie dictam; eſtque hæc diviſio rei, & generis in ſpecies. At ſi quis conventionem dividat in pactum & non pactum, quid hoc monſtri erit? Quis non exſibilet eum, qui pactum ita partiatur, ut dicat, pactum aliud eſt conventum, aliud fixum? aut qui jus diſtribuat in liquorem & legem? Non ſunt hujuſmodi διαστολαὶ, diſtributiones rerum, aut generis in ſpecies; ſed vocabuli æquivoci diſtinctiones in ſua æquivocata.

14. Sed neque captione caret, quod ajunt de conventionibus & pactis prædicari, quod actionem pariant: nuſquam enim hoc indefinite traditum; ſed quod quædam conventiones actionem pariant, & nimirum quæ vel in proprium nomen contractus tranſeunt, vel quæ accedente cauſa in ſpeciem συναλλάγματος cadunt. *l. juris gentium.* 7. *pr.* §. 1. & 2. *hoc tit.* ex cæteris expreſſe negant juris noſtri conditores actionem naſci, niſi vel ſpecialiter confirmatæ ſint. *l.* 6. *l. ſi tibi.* §. 2. *eod.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectæ. *d. l.* 7. §. *quinimo.* 5. *eod.* At contra non unô loco traditum eſt, ex pacto actionem non naſci. Reſpondent adverſarii loca iſta accipienda eſſe de pacto nudo. Fatemur; ſed tamen utique de pacto, id eſt, plurium in idem placito & conſenſu. Quod ſi hoc non concedant, jam iterum incidunt in vitium ipſis familiare, pro argumento aſſumentes τὸ ζητούμενον ἀπ' ἀρχῆς: & veteres juris auctores pro fungis habent, qui ſimpliciter & abſolute pactum appellent, quod pactum non ſit, dixerintque ex pacto non naſci actionem, cum hoc ſignificare voluerint, ex non pacto actionem non naſci.

15. Sæpe inculcant, quod nudum pactum ſit, cui nulla ſubſit cauſa propter conventionem. *l.* 7. §. *ſed cum nulla.* 4. *ff. hoc tit.* Cum autem iſta locutio nullum omnino idoneum ſenſum habeat (quis enim ita unquam locutus eſt, conventioni nulla ſubeſt cauſa propter conventionem, & quid hoc ſignificat?) illi tamen hunc, ſi diis placet, ſenſum verba iſta habere dicunt, cum nihil omnino ſubeſt, ex quo qui convenerunt, moveri potuiſſent, ut convenirent: quanquam non videntur diffiteri; potuiſſe hoc exprimi elegantius. Nimirum neceſſe eſt vitioſos eum habere oculos, qui in luce tam perſpicua caligat. Conſtat utique duplicem apud Ulpianum in *d. l.* 7. §. *ſed cum nulla.* 4. *hoc tit.* occurrere lectionem; in pleriſque codicibus legi hoc modo, *Sed cum nulla ſubeſt cauſa, præter conventionem, hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem.* In codice Florentino ſic, *Sed cum nulla ſubeſt cauſa propter conventionem hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem.* Cum vero nullæ ſint omnino in Pandectarum Florentinarum archetypo diſtinctiones, nulla punctorum notatio, nulla dictionum intervalla, referente hoc inter alios Angelo Politiano teſte oculato *miſc.* 41. ac proinde ponere nobis ea, ſi docet ratio, & poſita undecunque expungere liberum ſit, auctore Auguſtino *lib.* 1. *emend.* 2. *q.* 8. ſi quis lectionem Florentinam urgeat, cum eo tantum mihi lis erit de verborum interpunctione. Gothofredus & Pacius lectionem exemplaris Florentini ſecuti ita locum interpunxerunt, *Sed cum nulla ſubeſt cauſa propter conventionem, hic conſtat* &c. relicta, ut veroſimile eſt, per negligentiam nota diſtinctionis eo loco, ubi in aliis codicibus poſita eſt, in quibus non *propter*, ſed *præter* legitur: nam & in margine hoc notant alias legi *præter*. Franciſcus autem Taurellus & Ludov. Charondas, quod & ſermonis ratio, & mens atque ſententia Juriſconſulti exigebat, locum ſic interpunctum ediderunt, *Sed cum nuda ſubeſt cauſa, propter conventionem hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem.* Sive autem legas *præter* ſive *propter*, commate ante hanc particulam poſito, plana erit & recta oratio, eademque Juriſconſulti

ſententia, nimirum hæc, cum conventioni nulla alia obligandi cauſa ſubeſt præter conventionem, propter conventionem ſolam non conſtitui obligationem: quod & prorſus evincitur ex tota diſputatione Juriſconſulti. Cæterum & hic effugium eis paratum video: Nam dicent haud dubie tunc conventionem apud Ulpianum *d. loco* non ſignificare pactionem ſive plurium in idem placitum conſenſum; ſed neſcio quid aliud, quod non ſit pactum, niſi κατὰ τὸ λεγόμενον.

16. Largimur ultro pactum nudum eſſe conventionem, quæ placiti fine ſtat: ſic enim definitur *l. 27. C. de locat.* At quid hoc eſt fine placiti ſtare? Opinor fines & terminos placiti non egredi, nihil eſſe amplius quam placitum; placitum tamen & conventionem ſeu pactionem, id eſt, duorum vel plurium in idem conſenſum, aut quod duobus vel pluribus dari vel fieri placuit: hæc enim eſſe ἰσοδυναμοῦντα, infinitis locis oſtendi poteſt. *l. vix certis. §3. ff. de judic. l. 4. ff. de ſervit. l. ſi filia. 20. §. 3. ff. famil. erciſc. l. ſi diviſionem. 15. C. eod. l. ſi plus. ff. de evict. l. diviſionis. 55. ff. hoc tit. l. 8. l. ſi pacto. 14. l. cum proponas. 21. l. ſi certis. 27. C. eod. l. 7. l. ſi diverſa. 14. l. cum proponas. 17. l. ſi profundo. C. de tranſact. l. pen. ff. eod. l. 3. l. 4. C. de rer. permut.* Sic ex converſo placitum uſque ad pactum ſtare dicitur, cum traditio ſecuta non eſt. *d. l. ſi diviſionem. C. fam. erciſc.*

17. Cum igitur nudum pactum ſit conventio, qua quid dari aut fieri inter plures placuit, licet placiti fines non excedat; tamen re vera & proprie tam pactum eſt, quam quod veſtitum DD. appellant, pactique definitio non minus pacto nudo, quam veſtito competit. Nudum vero nihilominus erit, etiamſi deliberato animo initum ſit, deque eo conſtet, ut in ſpecie *l. ſi certis. 28. C. hoc tit.* ubi ex temporaria illa præſtatione ſatis apparet ſeriam fuiſſe promittentis voluntatem. Denique temerariæ, inconſultæ, joculatoriæ aut ſimulatæ, aulicæ, & officioſæ adulationis promiſſiones ne nomen quidem pacti merentur.

18. Bearunt illi auctorem incertum revelatione ingentis myſterii, cum eum docuerunt, qua in re pollicitatio a voto, utrumque a pacto differat; æquum igitur eſt, ut eos paris alicujus arcani promulgatione remuneretur. Nuper ille, cum Eleuſinem reviſeret, ex phano legiferæ Cereris hæc reportavit, latere in illo Virgilii, *Ipſe pater famulam voveo* &c. neſcio quid occultioris doctrinæ, & quod argumento ſit eum juris fuiſſe peritiſſimum. Nam etſi votum ſpecies eſt pollicitationis, quam ob cauſam ſummus juris antiſtes ſub titulo *de pollicitationibus* etiam de votis tractaverit (quod forte illi a nemine audiverunt) illud tamen in voto præcipuum eſſe, quod ſoli patresfam. ex eo obligentur tanquam actu ſolenni: filius autem familias aut ſervus ſine patris dominive auctoritate non obligentur. Ecce igitur, quam recte & rationi juris convenienter Poëta. Ille vero redux vota Cereri nuncupata ſolvit faciens bienni verre. Hæc pro incerto illo auctore; cujus defenſionem & patrocinium non tam ideo ſuſcepi, quia me eum eſſe, & per latus illius me palam peti quidam ſuſpicantur, quam veritatis tuendæ gratia.

CAP.

Cap. VI.
De vi nudarum conventionum.

1. *Ex nudo pacto, quamvis serio, jure nostro actionem non nasci multis argumentis ostenditur.*
2. *Respondetur objectioni sumptæ ex* l. 1. pr. hoc tit.
3. *Jus civile Romanorum quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit, & quare.*
4. *Multa civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris juris naturæ præceptis æstimentur.*
5. *Exponitur* l. cum mota. 6. C. de transact.
6. *Declaratio* l. solent. 15. de præscr. verb.
7. *Declaratur locus obscurus in.* l. 3. §. quinimo. 4. de condict. caus. dat. *& occurritur objectioni ex eodem loco sumptæ.*
8. *Si ex pacto daretur actio, cum constat de animo deliberato, etiam quando de eo non constat, danda esset.*

1 NUDA conventio seu pactum nudum, quamvis serium, eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex eo actio detur. *Ex nudo pacto*, inquit Paulus, *inter cives Romanos actio non nascitur. lib.* 2. *sent. tit.* 14. & Imperatores in *l. si tibi.* 27. *C. de locat. si conventio*, inquiunt, *placiti fine stetit, ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse.* Seneca *lib.* 5. *de benefic. c.* 10. de lege civili & promissione non solenniter facta loquens, *Quæ lex*, inquit, *ad id præstandum nos, quod alicui promisimus, obligat*: Denique nihil in libris nostris est vulgatius hac juris regula, ex conventione, ex pactione nuda, ex nudo pacto, ex pacto actionem non nasci. *l. juris gentium.* 7. §. *sed cum nulla.* 4. *& seq. l. divisionis.* 45. *ff. hoc tit. l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb. l. legem.* 10. *l. cum proponas.* 21. *l. si certis.* 28. *C. hoc tit. l. sive apud.* 28. *C. de transact. l.* 1. *C. de pact. conv. tam sup. dot. l.* 5. *C. de inut. stipul. l.* 2. *C. de evict. l.* 3. *C. de rer. permut.* Et hinc est, quod passim indebitum vocetur, quod pacto promissum est. *l.* 5. §. 2. *ff. de solut. l. si certis.* 28. *C. hoc tit. l. si non sortem.* 26. *pr. ff. de condict. indeb.* & quod omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nascatur, auctore Paulo *lib.* 2. *sent. tit.* 22. §. *ult.* Ex his jam luce meridiana clarius apparet, non omnem conventionem, non omne pactum, quantumvis serium, licitum & honestum, jure Romanorum obligationem & actionem producere: nisi quis putet conventionem aut pactum nudum veteribus pactum esse jocularium aut lusorium, id est, conventionem aut pactum non esse; & cum veteres ajunt, ex pacto nudo, & simpliciter ex pacto actionem non nasci, hoc significare, ex non pacto non nasci actionem: quod quam ridiculum sit, nemo non videt. Tot locis, quot modo allegavi, proditum est, & proverbii vice olim jactatum, ut indicant Imperatores in *l. legem.* 10. *C. hoc tit.* ex pacto actionem non nasci: nullo autem juris loco traditum est, ex solo pacto licet justo, actionem nasci, nisi exceptive, aut addito *interdum*, & nimirum tunc, cum vel speciatim jure civili aut prætorio ad efficacitatem obligandi confirmatum est, *l.* 6. *l. si tibi.* 17. §. 2. *ff. hoc tit. l.* 1. *ff. de constit. pecun.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectum. *l. juris gentium.* 7. §. *quinimo.* 5. *ff. l. in bonæ.* 13. *C. hoc tit.* Quæ pacta etiam suo sensu possunt dici non nuda. Quod si ex quovis serio pacto oriretur jure civili actio, cur prætor non alias ex pacto actio-

actionem de pecunia constituta dat, quam si constituatur, quod jam ante debitum fuerat? *d. l.* 1. *ff. de pecun. constit.* an quia propter debitum præcedens hic constat de deliberato animo? Quare igitur de aliis rebus constitutoriam non dedit, quam quæ pondere, numero, mensura constant? *l.* 2. *C. eod. tit.* aut si causa subsit constituto. quid opus fuit prætorem ex sua jurisdictione actionem comparare, cum ex conventionibus, quibus subest causa, nascatur actio jure civili? *l.* 7. §. 2. *ff. hoc tit.* Denique quid tam insulsum, quam quod quidam, interrogati, si pactum quodlibet ad obligandum sit efficax, quid opus fuerit speciatim ex pacto donationis necessitate juris adstringere donatorem, quod primus fecerit Justinianus, respondent, constitutione Justiniani fingi donationi subesse causam, voluntatem sc. exercendæ liberalitatis. Quasi vero Justinianus etiam ubi donandi animus abest, eum finxerit adesse; ac non potius quia donator voluntatem suam aperte ac verbis in præsens conceptis declaravit, eamque gratam ac ratam habuit donatarius, jure civili quoque obstrictum esse voluerit, qui jure gentium se manifeste obstrinxerat. Imo omnis nudæ conventionis confirmatio hoc velut συνεχὸν habet. *fac. l.* 1. 8. *ff. de pecun. constit.* Postremo si cujuslibet justi pacti ea vis esset jure civili, ut actionem pareret, etiam actionem κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον tolleret, *arg. l.* 6. *eod. junct. l. Arrianus.* 47. *de O. & A. l. prout.* 80. *l. Stichum.* 95. §. 4. *ff. de solut.* quod tamen secus esse constat. Hæc tam aperta & clara sunt, ut qui contra disputant, non tam de veritate juris, quam de potestate conditoris disputare videantur, quasi ille ita meris juris gentium præceptis alligatus esset, ut nihil iis addere aut detrahere valeat. Videamus tamen, quæ in contrarium afferantur. Ajunt grave esse fidem fallere nihilque tam congruum esse fidei humanæ, quam placita servare. *l.* 1. *ff. hoc tit.* Fateor: est enim fides rerum humanarum coagulum, sanctissimumque humani pectoris bonum. Unde Silius Italicus;

Ante Jovem generata, decus divumque hominumque,
Qua sine non tellus pacem, non æquora norunt:
Justitiæ consors, tacitumque in pectore numen.

2. Cæterum generalis illa definitio pertinet ad vim, quam omnes justæ conventiones & pacta habent jure gentium: quippe quo jure etiam ex nudo pacto adstringimur ad præstandum id, quod pacto promissum est, propter naturalem scilicet obligationem, quæ ex pacto & fide data oritur: eoque pertinet illud Pauli in *l. cum amplius.* 84. §. 1. *ff. de reg. jur. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.* Et quia hæc obligatio conscientias hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *l. Stichum.* 95. §. 4. *ff. de solut.* sequitur ei etiam inesse moralem aliquam necessitatem, id quod Paulus in *d. l.* 84. §. 1 significat verbo *oportet*, & grave esse hic quoque fidem fallere, quamvis ponamus nullam hic esse respectu fori exterioris necessitatem.

3. Quanquam autem hoc ita est ex jure gentium, ut omnes honeste conventiones servari debeant: tamen jus civile Romanorum non æque cogit invitos ad omnium conventionum observantiam, sed utilitatis causa quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit, ut hic sola paciscentium fide staretur, ne si ex qualibet conventione actio & judicium in invitos daretur, nimia litium oriretur multitudo: vel potius, quia Romani juris conditores honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius existimaverunt, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & obligationum necessitate adstringere.

re. In neceſſitatibus enim nullus eſt virtuti locus, quæ ex libera potius voluntate ac bona fide pendet, quam ex aliqua coactione, teſte Ariſtotele 3. *Ethic.* Quis enim laudabit eum, qui depoſitum reddidit, aut quod debebat, citra judicium ſolvit? Auguſtinus laudans factum Sancti Aurelii Epiſcopi Carthaginenſis, quod reddidiſſet donatori ob liberos ei poſtea natos, quæ ille Eccleſiæ donaverat, *In poteſtate*, inquit, *habebat Epiſcopus non reddere, ſed jure fori, non jure poli. c. ult. cauſ.* 17. *quæſt.* 4. Nullam autem laudem meruiſſet Aurelius, ſi ad reddendum jure fori fuiſſet obſtrictus. Atque hoc ipſum puto ſignificare voluiſſe Ciceronem *lib.* 2. *de invent.* cum ait, *Pactum eſt, quod inter aliquos convenit, quod jam ita juſtum putatur, ut juri præſtare dicatur.* Cui ſimile illud apud Cornificium *ad Herenn. lib.* 2. *Pacta ſunt, quæ ſine legibus obſervantur ex conventione, quæ juri præſtare dicuntur.* quo haud dubie id ſignificatur, pacta legibus ipſis juſtiora & præſtantiora eſſe exiſtimari, quoniam in his implendis atque obſervandis probitas cujuſque & fides elucet; quæ bonis viris pro lege ſit, & omni jure antiquior. Nimirum anguſta innocentia eſt, ſecundum leges bonum eſſe. Multa legem non habent, nec actionem. Quanto latius patet officiorum, quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, fides, liberalitas exigit, quæ extra tabulas ſunt? Hæc Seneca *lib.* 5. *de benefic.* Futile vero eſt, velle jus civile ad mera juris gentium præcepta exigere contra definitionem *l.* 6. *ff. de juſtit. & jur. l. bona fide.* 31. *ff. depoſ.*

4. Multa ſunt civiliter juſta, quæ naturaliter iniqua, ſi ex meris præceptis juris naturæ aut gentium æſtimentur, qualia literarum obligatio, uſucapio, præſcriptiones temporales. Sæpe etiam quid irritum facit jus civile, quod naturaliter obligaret, verbi gratia, jure naturali ſeu gentium tenetur quiſque reddere quod mutuo accepit: at jure civili excuſantur filiusfam. & minor 25. annis. Jure gentium unuſquiſque ex ſponſione ſua obligatur, jure civili excipitur mulier pro alio ſpondens. Itaque iſti, licet naturaliter obligati ſunt (non enim vel patria poteſtas, vel ætatis ſexuſve imbecillitas jus naturæ diſſolvere poſſunt) tamen civiliter non tenentur. In materia ſucceſſionum quam longe recedit lex 12. tabularum a ſimplicitate juris gentium? Apud nos locatio prædiorum ruſticorum efficax non eſt, niſi interveniente inſtrumento locationis. Imo nulla in civitate mero jure gentium vivitur, & vix ulla eſt, aut fuit, in qua longius ab eo jure receſſum, quam in Romana, ut infinitis argumentis probari poteſt: quæ ſi cum aliis populis ſtrictius jus gentium coluerit, id neceſſitatis fuit, ceſſante videlicet legum Romanarum auctoritate. Et vero, ne tempus teram in removendis jejunis quibuſdam objectiunculis, cur lege civili hoc conſtitui nequeat, ut non niſi ſub certo modo ac forma obligatio, quæ quidem efficax ſit ad agendum, ex conſenſu naſcatur?

5. Objiciunt tamen & locos quoſdam petitos e corpore juris, ex quibus colligunt, etiam jure Romano ex qualibet deliberata conventione actionem naſci. Loci ſunt *l. cum mota.* 6. *C. de tranſact. l. ſolent.* 15. *ff. de præſcr. verb. l.* 3. § 4. *ff. de cond. ca. dat.* *Θεματισμὸς d. l. cum mota.* hic eſt. Mater a filio immerito exheredata aut præterita tranſegit cum ſcripto herede, adverſum quem querelam moverat inofficioſi, hac lege, ut accepta certa parte bonorum, de quibus agebatur, a lite diſcederet. Ea prius quam quicquam acciperet, in eadem perſeverans voluntate deceſſit. Cum portio promiſſa filiis iiſdemque heredibus matris non præſtaretur, quæſitum eſt primo, poſſintne filii omiſſam a matre querelam redintegrare; deinde ſi non poſſint, an non ſaltem aliud remedium iis paratum ſit adverſus placita non ſervantem. Ad prius reſpondet Imp.

Alexan-

Alexander, omissam semel querelam instaurari ab heredibus matris non posse. Ad alterum, si stipulatio conventioni subdita fuerit, ex stipulatu actionem competere, aut si omissa sit verborum obligatio, tum actione præscriptis verbis diversam partem, ut promissa præstentur, posse conveniri. Igitur, inquiunt, quod transactionis causa promissum est, etsi pacto tantum & citra stipulationem, id nihilominus peti potest, & competit eo nomine præscriptis verbis actio. Respondeo, non est in specie hic proposita pactum aut conventio nuda, sed talis, quæ nudi placiti terminos egreditur, quippe cui accedit & alia obligandi causa præter conventionem, & quæ sic constituit contractum innominatum. Nam præterquam quod matri transigenti pars bonorum promissa est, fecit etiam mater, ut eam partem acciperet. Promisit se a lite discessuram, quod & re implevit: morte enim sua & silentio sic finivit litem de inofficioso, ut ab heredibus ejus non possit instaurari. Ubi autem pactum, quamvis transactionis causa interpositum, intra terminos placiti consistit, nulla ex eo jure nostro actio nascitur. *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. sive apud. 28. C. de transact. Hotom. Don. post Gloss. & DD. comm. ad d. l. cum mota.*

6. Alter locus, qui objicitur, est *l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* ubi ita Jurisconsultus; *Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur; videamus, an possit agere. Et quidem*, inquit Jurisconsultus, *ista conventio non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri: sed habet in se negotium aliquod: ergo*, inquit, *civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis*, &c. Igitur inquiunt, hic ex sola conventione & pacto conceditur actio, negaturque adeo conventionem eam nudam esse, quæ in se negotium aliquod habet. Atqui, inquam, Jurisconsultus expresse negat in specie a se proposita ex pacto, id est, ex solo pacto, actionem nasci; aitque conventionem istam habere in se aliquod negotium, unde civilis oriatur actio. Per negotium ergo haud dubie intelligit causam aliquam accedentem ad conventionem, quæ sit fundamentum συναλλάγματος & actionis civilis, ut ipse hoc alibi explicat. *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* atque in proposito factum seu indicium actoris præmium pro eo promissum petentis. Itaque cum ait Jurisconsultus, *videamus an possit agere*, perinde hoc est, ac si dixisset, videamus an qui suscepit se indicaturum esse servum fugitivum, is postquam indicavit, pactum pro indicina præmium petere possit. Qua enim actione quove colore indicii mercedem quis petat, antequam indicavit? Nimirum Jurisconsultus actionem concedens supponit actorem, quod recepit implevisse, quo subsecuto conventio desinit esse nuda, & incipit in se habere negotium aliquod, quod ad conventionem accedens initium obligationi præbet constituitque contractum innominatum. Neque ulla hic aut æquitas aut honestas vel naturalem ex jure gentium obligationem producit: imo contra obstat etiam ipsa hujus juris ratio. Sed & illi ipsi, qui hunc locum objiciunt, fatentur non ante ex hujusmodi conventione cum effectu agi posse, quam res secuta sit, licet obligatio statim nascatur: in quo tamen & ipso errant, cum hic desit fundamentum obligationis, ut plene demonstrabitur *c. 8.*

7. Tertius locus est Ulpiani in *l. 3. §. quinimo. 4. ff. de cond. caus. dat.* Verba hujus loci sunt; *Quinimo etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem, defuncto quoque eo.* Primum quæro, qualis sit illa condictio, quam ait ex contractu proposito nasci? Non utique condictio ob causam dati causa non secuta, de qua conceptus est titu-

titulus, cum nihil datum proponatur, ſed tantum placitum, ut daretur, & condictio ex notiſſimo juris uſu, præſertim in hoc tractatu, ſignificet alicujus rei, quæ a nobis profecta ſit, repetitionem. Dices Juriſconſultum intelligere actionem præſcriptis verbis. Jam iterum quæro, ubi actio præſcriptis verbis in jure noſtro appelletur condictio? Imo a condictione perpetuo diſtinguitur. *l. 5. §. 1. & ſeq. ff. de præſcr. verb.* tum condictio vulgare eſt & uſitatum actionis nomen, certam ſolennemque formulam habens; cujuſmodi actionibus deficientibus demum actio præſcriptis verbis datur. *l. 1. l. 2. & ſeq. d. tit.* Sed concedamus Juriſconſultum intelligere actionem præſcriptis verbis, quid hac actione perſequemur, certamne ſummam, quæ promiſſa ſit? Minime: ſic enim diceremus ex hujuſmodi contractu competere certi condictionem ad rem, de qua convenit, petendam, uti ex mutuo, cæteriſque cauſis & obligationibus, ex quibus certum petitur. *l. certi condictio. 9. ff. de reb. cred.* quod falſum eſt. Nam præſcriptis verbis actio non ſolum nomine & titulo actionis incerta eſt, ſed etiam rei petitione, competens in id ſolum, quod intereſt, etiamſi de re certa danda convenerit. *d. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præſcr. verb. l. 4. & 2. ſeqq. C. de rer. permut.* id autem, quod intereſt, incertum eſſe conſtat. *l. ſi pœnam. 68. de verb. obl. l. quatenus. 24. de reg. jur.* unde etiam actio hæc incerta. *l. 6. C. de rer. permut. l. 3. C. de inut. ſtipul.* & paſſim actio incerti dicitur. *l. 7. §. 2. ff. hoc tit. l. 6. l. 8. & l. ſeq. ff. de præſcr. verb.* Itaque in actione præſcr. verb. non ſervatur lex communis obligationum dandi, ne tum quidem, cum dedi aut feci, ut dares. Revertamur jam ad propoſitum: Si ex hac conventione, *dabo tibi decem, ut Stichum intra menſem manumittas*, Sticho ante manumiſſionem intra menſem mortuo, tibi competit actio præſcriptis verbis; ea autem actio non competat, niſi in id, quod intereſt, ſequitur neceſſario ex ſola conventione hic actionem non dari: ſed ita demum, ſi is, cui actionem dari volumus, vel fecerit jam aliquid, quo quid ei abſit, quod alioqui facturus non fuerat, puta ſi jam ſumptus fecerit neceſſarios in profectionem ad prætorem; vel non fecerit, puta ſervum non vendiderit, quod alioqui facturus erat. per *l. 5. in pr. & §. ult. ff. de cond. cauſ. dat.* ut quibus caſibus & quatenus ceſſat condictio ſive repetitio, ſi datum quid ſit, iiſdem caſibus & eatenus competat actio præſcriptis verbis, ſi promiſſum tantum, non datum. Utique cum quatuor tantum ſint contractus innominati, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, neceſſe eſt, ſi ſpeciem propoſitam, ad unum ex his quatuor referri volumus, ut datio vel factum aliquod ab una parte intervenerit, quod ipſa nomina demonſtrant: nam dabo ut facias, vel faciam ut des, non eſt contractus, non magis quam pactum de vendendo venditio, de locando locatio. Itaque cum in contractibus innominatis obligatio non a ſimplici conventione, ſed a datione aut facto ad conventionem accedente naſcatur & incipiat. *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. 3. C. eod.* niſi quid hic turbatum a Triboniano, quod putat Ant. Faber *in ration.* dicendum eſt locum pertinere ad contractum innominatum *facio, ut des.* Quid ſi dicamus in ſpecie propoſita cauſam, ob quam dari placuerat, pro impleta haberi, propterea quod caſu fortuito factum, ut impleri non potuerit. Sane ubi jam quid datum eſt ob cauſam, cauſa pro impleta plerumque habetur, quoties per eum, qui accepit, non ſtetit, quo minus cauſam impleret: & ſic ex caſu fortuito liberatio ſequitur, ceſſatque ob cauſam dati condictio. *l. 3. §. quid ſi ita. 3. ff. de cond. ca. dat. l. pen. C. eod. l. 5. §. 1. verſ. ſed ſi ſcyphos. ff. de præſcr. verb. l. 1. §. Divus. 13. de extraord. cogn.* Hæc etiam eſt communis interpretum ſolutio.

8. Effectum igitur est, inter cives Romanos ex nuda conventione actionem non nasci, licet ex causa honesta facta sit, serioque ac deliberato animo inita, utut etiam de eo constet. Quod si enim actio ex ea daretur, cum constat de animo deliberato, etiam quando non constat interim danda esset, ut fit in cæteris causis omnibus, ex quibus obligationes & actiones nascuntur; permittendumque actori probare conventionem intervenisse, quo probato induci deberet præsumptio, serio quoque interpositam fuisse: alias quælibet conventiones & pacta passim eludi possent. Et quidni etiam permitti oporteret actori jusjurandum in judicio reo deferre, quemadmodum alias fieri solet, præsertim ubi quid asserendum est, quod latet in conscientia ejus, cui defertur jusjurandum? Neque enim soli Deo notum, serione promissio aliqua facta sit, an secus? verum etiam promittenti.

Cap. VII.

Aliarum gentium & hodie moribus nostris, & canonum jure etiam ex nuda conventione actionem dari.

1. *Jure naturæ & gentium pacta quævis seria obligationem efficacem parere.*
2. *Francisci Connani contraria sententia refellitur.*
3. *Apud alias gentes ignotam fuisse illam Romanorum inter pactum & stipulationem, &c. distinctionem.*
4. *Etiam jure Canonum quamlibet conventionem efficaciter obligare.*
5. *Cujacii & aliorum errores deteguntur.*
6. *Moribus quoque hodiernis pacti simplicis eandem vim esse, quæ est stipulationis jure civili.*

1. ETSI conventiones nudæ, quantumvis voluntate sufficienter significata, legum Romanarum vinculis adstrictæ non sunt, ad earum tamen observationem naturæ & gentium jure adstringimur: Nihil enim æquitati naturali magis consentaneum est, quam stare conventis, placita, fidemque servare; quod etiam prudentum responsa declarant. *l.* 1. *pr. ff. hoc tit. l.* 1. *ff. de pecun. constit.* Imo jure quoque civili Romanorum quælibet justa pactio obligationem parit naturalem: eaque obligatio, si unam dempseris actionem, eosdem effectus jure Quiritium habet, quos habet obligatio naturalis & civilis simul, de quo agemus postea: unum tantum hic exempli causa proferam, si ex pacto quid solutum sit; licet enim id solutum per errorem, tamen ejus non datur ne jure quidem nostro, repetitio; nempe quia antea naturaliter debebatur. *l. naturales.* 10. *ff. de oblig. & act. l.* 7. *ff. de fidejuss.* & hoc quoque significat Paulus in *l. cum amplius.* 84. §. 1. *ff. de reg. jur.* cum eum ait natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Agit enim illic de condictione indebiti, quæ cessat, si quid ex qualicunque pacto solutum fit; quia jam ante re adhuc integra naturæ ac gentium jure dari oportebat.

2. Itaque minime admittenda est sententia Francisci Connani *lib.* 1. *comm. c.* 6. *Et* 5. *c.* 1. fatentis quidem consentaneum esse æquitati naturali, & honestum, pacta servare, negantis tamen id esse necessarium, & negantis in universum ea pacta, quæ non.

non habent συνάλλαγμα, jure naturæ ac gentium ullam inducere obligationem, præterquam pudoris & verecundiæ. Certe Pauli nostri longe alia mens fuit, qui eum, cujus fidem secuti sumus, pronunciat jure gentium dare oportere; quo verbo utique vinculum juris & moralis significatur necessitas. Marcus quoque Tullius *lib. 1. de offic.* tantam promissis vim tribuit, ut fundamentum justitiæ fidem appellet. Neque vero ratio ulla reperiri potest, cur leges, quæ quasi pactum commune sunt populi, quo nomine a Demosthene adversus Aristogitonem, & a Papiniano nostro *l. 1. ff. de legib.* appellantur, obligationem pactis addere possent; voluntas autem cujusque hoc serio agentis, ut se obliget, idem non possit. Admissa denique Connani sententia, sequeretur nullum inter reges & diversos populos pactorum, quamdiu nihil ex iis præstitum est, jure gentium vim esse, præsertim iis in locis, ubi nulla forma fœderum aut sponsionum reperta est, ut recte Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 11.*

3. His accedit, quod omnium aliarum gentium moribus, conventiones omnes & pacta etiam, quæ nuda appellamus, obligationem & actionem produxerunt. Nam neque apud Græcos, neque ullam aliam gentem, præter Romanos, nota fuit subtilis illa differentia inter pactum & stipulationem. Romanorum sunt hæc tam multa & distincta quasi rerum diversarum vocabula, ad anxiam quandam formularum superstitionem adstricta, pactum, stipulatio, constitutum, actio constitutæ pecuniæ, recipere, receptitia actio: quæ discrimina jus naturæ ignorat. Quin & Paulus Jurisconsultus ipse hoc fateri videtur *lib. 2. sent. tit. 14.* cum ait, *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur.* quasi dicat non negare se, quin jure gentium & naturæ inter alios populos imperio Romano non subjectos actio ex pactis nascatur. Idem quoque haud obscure innuunt Imperatores in *l. si tibi. 27. C. de locat. Si conventio*, inquiunt, *placiti fine stetit*, (id est, si stipulatio non intervenerit) *ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse.* quasi dicant, etiamsi maxime aliarum gentium jure nascatur: & ideo stipulatio pactis subjici debebat, ut ex stipulatu actio nasceretur. Paulus *d. lib. 2. tit. 22. §. ult. d. l. si tibi. 27. C. de locat. l. petens. 27. C. hoc tit.*

4. Jure quoque Canonum pacta quælibet, efficaciter obligare atque actionem producere, communis est Canonistarum sententia. *Felin. in c. 1. n. 5. & 6. ext. de pact. Panorm. & Imol. ibid. Covar. in c. quamvis. eod. in 6. p. 2. §. 4.* quam ego sententiam veram quoque esse non dubito, quicquid reclament recentiores quidam interpretes, inter quos *Alciat. lib. 5. paradox. 3. Connan. 5. comm. 3. Ant. Fab. ad l. juris gentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. hoc tit.* moveorque his rationibus. In *d. c. 1. ext. hoc tit.* (quod sumptum ex concilio Carthaginensi) ita loquitur Antigonus Episcopus; *Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus Ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi, Pax servetur, pacta custodiantur.* Ait Antigonus *conventus*: loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare; cujusmodi pacta etiam prætor servat data exceptione: sed de eo, qui se alteri obligavit, de qua obligatione implenda conventus erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato; cui generi pactorum prætor δύναμιν ἀναγκαστικὴν, quam jus civile iis detraxit, non restituit. In *d. c. 3. ext. eod.* ait Pontifex Romanus; *Studiose agendum est, ut ea, quæ promittuntur, opere compleantur.* Ecce non ait, quando quis pactus est, ne petat, quod est pactum liberatorium pariens exceptionem etiam jure civili: sed quando quis ex promissione se obligavit, quod pactum est obligatorium, jure civili ad agendum inefficax. Argumento etiam est inscriptio ex Gregorii registro, *Judex debet studiose agere, ut promissa ad-*

impleantur. Et ergo agitur de eo, qui apud judicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto se obligavit: est enim titulus ille *de pactis.* His adde quod præsumendum est, auctores juris Canonici in casu conscientiæ, ne peccatum foverent, secutos esse jus naturale & divinum: utroque autem illo jure pactiones quælibet firmæ sunt ac validæ.

5. Fallitur ergo Cujacius, asserens Peliam eos lavare, qui contendunt jure Pontificio ex qualibet justa conventione, etiam nuda, nasci actionem, quasi inquit, amplius quid diceret Pontifex, quam dicit prætor in *l. juris gentium.* 7. §. *ait prætor.* 7. *ff. hoc tit.* Pacta quidem servari debent jure pontificio, inquit, sed suo nempe modo, ut ea servat prætor, data videlicet exceptione, non actione. Male. Nam, uti jam ostendimus in utroque illo capitulo agitur de eo, qui in judicium vocatur, ut quod pacto promisit, impleat: & porro igitur etiam futile est, quod alii objiciunt, inter jus Canonicum & civile non esse introducendum discrimen sine canonis alicujus auctoritate. *c.* 1. & 2. *ext. de oper. nov. nunt.* Jam enim duos expressos canones allegavimus. Obstat tamen, inquiunt, quod in *d. c.* 1. *ext. hoc tit.* pœnæ excommunicationis subjicitur, qui non præstat id, ad quod se pacto obligavit. Imo contra recte arguas: si adversus eum pœna excommunicationis ob fidem non impletam statuitur; multo magis adversus eum, si obnoxius sit ulli foro seculari, judicium illo foro institui poterit, quod est levius. Unde etiam statim in *d. c.* 3. *ext. eod.* Gregorius judici seculari id mandat ut pacto promissa curet impleri judicio in eam rem dato. Falsum autem est, quod quidam ajunt, pœnæ excommunicationis tunc demum locum esse, ubi ordinarium remedium deest, per *c. novit.* 13. *ext. de judic.* Nam in *d. c. novit.* Pontifex duntaxat Ecclesiasticam censuram stringit & exercet in regem Galliæ Philippum, qui Angliæ regem pace fracta & fide rupta offenderat: quia Rex Franciæ omnibus in regno suo major, judicio civili aut actione aliqua instituta conveniri non poterat: cum reges jus in armis positum habeant: nec aliud statuitur *d. c. novit.*

6. Et communem hanc Canonistarum sententiam, aut potius expressos juris canonici textus, sequuntur hodie mores nostri, daturque hodie etiam ex nudo & simplici pacto actio: pactisque eadem vis tribuitur quæ est stipulationis jure civili: *Gud. lib.* 3. *de jur. nov. c.* 5. *Grot. lib.* 3. *introd. ad jurispr. Bat. c.* 2. sicut & pleraque alia ad simplicitatem juris gentium redacta sunt. Tantum meminerimus distinguendas esse promissiones serias, meditatas & constantes, ab inconsideratis, temerariis, atque aulicis, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum & aliud agens, aut officiose adulans aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non etiam ex his actio detur. Porro jus Canonicum & mores hodierni in talibus pactis etiam per actionem servandis summa nituntur ratione. Quid enim? utimur hodie tantum præceptis naturalibus & gentium, solennibus illis & scrupulosis juris civilis sublatis. Naturæ autem humanæ nihil magis congruit, quam fidem promissorum servare, ut fiat, quod dictum, sive nudis verbis, id est, nudo pacto, verbis solennibus, id est, stipulatione fides data sit.

CAP.

CAP. VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta vestita.

1. CONVENTIO non nuda sive vestita est, quæ puri placiti fines egreditur. Id autem duabus ex notis cognoscitur, si proprium conventio nomen sortita sit, vel si conventioni subsit causa agendi, quod ab Aristone Mauriciano, & Ulpiano in *l. juris gentium.* 7. §. 2. *hoc tit.* appellatur συνάλλαγμα: alibi negotium dicitur *l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb.* & negotium civile. *l.* 1. *ff. de æstim. act.* Atque hæ conventiones uno verbo appellantur contractus, & jure quoque nostro obligationem & actionem producunt.

2. Contractum igitur sic definio; Contractus est conventio habens proprium nomen, aut eo deficiente causam. Definitio tantum non iisdem verbis tradita in *d. l. juris gentium*. §. 1. & 2. *hoc tit.* Itaque duo sunt harum conventionum genera, unum earum, quæ speciale nomen habent; alterum earum, quæ carent.

3. Prioris generis sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, commodatum, depositum, & cæteri similes contractus: qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, obligationemque & actionem certo jure producunt; non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens, sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur, ut hoc explicat Donell. *lib.* 12. *comm. c.* 9. Nimirum etsi nomen ad essentiam aut vim conventionis nihil facit, vim tamen ejus arguit a posteriori. Utilitas fecit, inquit Donellus, ut conventio esset in usu communi: usus conventioni nomen peperit. Utilitas causa est obligationis constituendæ, nomen indicium & nota constitutæ. Aliter hoc explicat Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 12. *n.* 3. putans contractus, qui nominati dicuntur, non tam ideo sic vocari, quod proprium nomen habeant, quam quod ob usum frequentiorem vim quandam & naturam acceperunt talem, quæ etiamsi nihil dictum specialiter, ex ipso nomine satis possit intelligi: unde etiam certæ de illis proditæ fuerint actionum formulæ, cum in cæteris contractibus minus frequentibus hoc tantum inesset, quod dictum & factum erat; ac proinde non communis aliqua & usitata, sed accommodata ad ipsum factum daretur formula, quæ ideo præscriptis verbis dicebatur.

4. Atque hanc explicationem juvare videtur, quod permutatio, quamvis & ipsa proprium nomen habeat, a numero contractuum nominatorum excluditur. *l.* 1. §. 2. *ff. de rer. permut.* quanquam sunt, qui credunt contractui *do ut des* nomen permutationis indutum tantum per abusionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus est: nam proprie permutationis nomine significari mutuam ipsarum rerum mutationem & translationem; ac proinde non tam contractum, quam modum acquirendi dominii, & alias omnes pene contractus velut permutatione quadam constant. Utut sit, constat permutationem in numero contractuum nominatorum non censeri.

5. Sed neque actio, quæ de æstimato proponitur, descendit ex contractu aliquo nominato, sed eo, de cujus nomine ambigitur, & negotio, quod partim venditioni, partim locationi, partim mandato simile videtur. *l.* 1. *ff. de æstimat.* ideoque nec actio, quæ ex hoc contractu datur, proprio nomine prædita est, quanquam nacta est æstimatoriæ appellationem, quod fit de re, quæ æstimato vendenda data est.

6. Illi autem toto cœlo errant, qui etiam transactionem putant contractum esse proprii nominis; quippe cum transactio nec nomen sit contractus, nec contractus species. Etenim si proprie loqui volumus, non habet se contractus ad transactionem, ut genus ad speciem, sed modus est transigendi: nam interdum nuda pactio transactionis causa intervenit, aliquando stipulatio, quandoque datio aut retentio. *l. cum proponas.* 21. *C. de pact. l.* 2. *l. pact.* 15. *ff. de transact. l.* 6. *l. ut responsum.* 15. *l. sive apud.* 28. *l. si pro fundo.* 33. *l. transactio.* 38. *C. eod.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione & terminatione litis. Unde cum proprie nostri loquuntur, dicunt pacto transigere, pactum, conventionem, placitum transactionis causa intercedere aut interponi. *d. l. cum proponas.* 21. *C. de pact. l.* 7. *l. si de certa.* 31. *C. de transact. l. si instituta.* 27. *pr. ff. de inoff.*

inoff. testam. Modi autem transigendi non sunt genere transactionis: & per se considerata transactio diversum quid est a contractu, cui etiam opponitur in *l.* 1. §. 3. *ff. de pact.*

7. Posterius genus earum erat conventionum, quæ speciali nomine carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. *ff. hoc tit.* Hæ conventiones eo quod nomine carent, dicuntur contractus innominati, pariuntque & ipsæ jure nostro obligationem & actionem; non vulgarem quidem & usitatam, sed in factum præscriptis verbis. *d. l.* 7. §. 2. *hoc. tit. l.* 1. *& pass. ff. de præsc. verb.* Sunt autem hujus generis contractuum species quatuor, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. *l.* 5. *pr. d. tit.* quarum tamen ex una illa, facio ut des, non tam civilis incerti præscriptis verbis actio, quam in factum prætoria dari videtur, aut si dolus aliquis arguatur, de dolo. *d. l.* 5. §. 3. *l. solent.* 15. *in fin. d. tit. l.* 4. *C. de dol.* Sed hæc non sunt hujus loci. Illud tantum hic investigandum est, quid nomine causæ Jurisconsulti intelligant, cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo causa subsit, actionem nasci.

8. Et quidem de causa finali id intelligi non potest, cum in omni conventione paciscentibus finis aliquis propositus sit: neque de causa impellente seu ea, quæ paciscentes movit ad conveniendum, ut quidam somniaverunt: nam etiam in conventionibus nudis, quæ opponuntur iis, quibus causa subest, aliquid est, quod paciscentes impellat ad conventionem ineundam. verbi gratia, placuit inter nos, ut tu mihi certam pecuniæ summam dares, & ego a lite, quam tibi movi, discederem; aut ut invicem servos nostros permutaremus: hæ conventiones nudæ sunt, ut proinde ex iis non nascatur actio: *l. cum. proponas.* 21. *C. de pact. l. sive apud.* 28. *C. de transact. l.* 3. *C. de rer. perm.* negari tamen non potest, quin alicujus rei contemplatione moti hujusmodi conventionem iniverimus, nimirum quia ego malui accepta certa summa a lite discedere, tu dare, quam incertum eventum expectare litis: quia ego malui habere tuum servum, tu maluisti meum. Ac de similibus idem judicium esto. Sed quid cunctamur causam accipere pro datione vel facto ad conventionem sive statim sive postea accedente, seu pro implemento ab alterutra parte, nempe quando præter conventionem quid datum quoque est aut factum ab uno? Sane Jurisconsultus Græcus responso περὶ ψιλ. συμφ. hanc rem sic explicat; ἥνωνται, inquit, τούτοις (συμφώνοις ἰδικὰς ἔχουσι προσηγορίας) καὶ τὰ ἰδικὴν μὲν προσηγορίαν μὴ ἀποφερόμενα, τῷ γενικῷ δὲ τοῦ συναλλάγματος ὀνόματι κεκλημένα ἡνίκα προηγήσηται δόσις ἢ ποίησις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, εὐλόγου δὲ τοῖς συναιρέσασιν ὑποκειμένης αἰτίας. τίκτονται δὲ καὶ ἐκ τούτων αἱ πρόσφοροι ἀγωγαί. i. e. *His* (sc conventionibus nominatis) *junctæ sunt & illæ, quæ nomen quidem proprium nactæ non sunt; cæterum generali nomine contractus appellantur, cum prius aliquid datur vel fit, ut vicissim aliquid detur vel fiat, videlicet ut justa paciscentibus causa subsit. Nascuntur enim & ex his utiles actiones.* Atque hinc est, quod cum pactum nudum sit conventio innominata causam non habens, Græci id definiverint, ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις, &c. ex quo etiam simul apparet, eam conventionem, quæ causam habere dicitur, iis esse, ἡνίκα προηγήσηται δόσις. quod ipsum & Paulus indicat *l.* 8. *in fin. ff. de præscr. verb.* ubi ait pactum nudum non esse, quoties certa lege aliquid datut; & aliis innumeris locis significatur. *l.* 5. *per tot. & pass. ff. de præsc. verb. l. divisionis.* 45. *ff. hoc tit. l.* 6. *l. si pro fundo.* 33. *C. de transact. l.* 3. *l.* 6. *C. de rer. perm.* Denique hoc idem quoque sensisse Ulpianum in *d. l.* 7. §. 2. *hoc tit.* ex his ejus verbis perspicue patet; *Sed & si in*

alium

alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares: dedi, ut aliquid facias. Cum autem nulla talis conventioni innominatæ subest causa, ex ea, utpote nuda, negat obligationem nasci. *d. l.* 7. §. *sed cum.* 4. Ajo autem *conventioni innominatæ.* Nam in conventionibus nominatis, si requisita quædam adsint, ut verbi gratia in venditione & locatione, si de pretio aut mercede convenerit, etiam ante quam ab altero contrahentium quid præstitum sit, obligatio nascitur.

9. Jam exemplo rem declaremus; Convenit inter nos, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum. Hæc conventio nuda est consistens intra terminos puri placiti, licet uterque nostrum certo intuitu talem conventionem iniverit; ego, quia malui habere Pamphilum; tu, quia Stichum. At si aut ego a mea parte, aut tu a tua dando conventionem implesti, hic jam conventio desinit esse nuda, & terminos meri placiti excedit. Illa autem datio ad conventionem accedens *causa* nostris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem judicato. Paulus *negotium* vocat. *l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb.* Ulpianus in *l.* 1. *ff. de æstim. act. negotium civile*, id est, tale, quod ad conventionem alioqui nudam accedens constituit συνάλλαγμα, unde obligatio quoque & actio civilis. Atque idem fere in hac re explicanda nobiscum sentiunt interpretes nostri cum veteres, tum recentiores pene omnes. Quorsum ergo tam operosa hujus sententiæ confirmatio? nimirum quia nuper nonnemo contendere cœpit, ex contractibus innominatis etiam nulla datione aut facto interveniente jure conventionis oriri obligationem, eamque efficacem: quanquam ex ea non ante efficaciter agi queat, quam quid ex conventione præstitum fuerit: causam autem apud Ulpianum *d. l.* 7. §. 2. & 4. *hoc tit.* non significare dationem aut factum aliquod interveniens, sed causam præcedentem, quæ pacifcentes movit, ut convenirent.

10. Ego vero non video, quomodo hæc consistere possint, ex conventione nasci puram & efficacem obligationem, & tamen ex ea obligatione efficaciter agi non posse. Utique enim efficacia & vis obligationis consistit in juris vinculo, quo necessitate adstringimur ad aliquid præstandum; necessitas in eo, ut nisi obligatus præstet, quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad præstandum compellere. Ac proinde posita pura & efficaci obligatione, necessario quoque ponenda est efficax actio, cum secundum regulam Logicorum, qualis est causa, talis quoque sit effectus.

11. Ut ecce, emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit; & quia hinc statim oritur mutua & efficax obligatio, statim etiam, licet nihil aliud intervenerit, ex ea obligatione agi potest, modo offerat actor, quod vicissim eum præstare oportet. *l. Julianus.* 13. §. *offerri.* 8. *l. qui pendentem.* 25. *ff. de act. empt.* Pari ergo ratione, si verbi causa hujusmodi conventio innominata, *Dabo tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des*, æque statim & re adhuc integra efficacem obligationem pariat, etiam ex ea statim & cum effectu agere poterit, qui Stichum dare promisit, modo ille paratus sit Stichum dare. Atque hanc quoque esse apparet mentem eorum, qui asserunt ex conventione innominata obligationem statim nasci, ex qua etiam agi possit, quanquam cum effectu non possit, nisi postquam ab uno datum quid sit, aut factum, quia ad confirmandam sententiam suam utuntur exemplo emptionis & venditionis, negantque ullam esse circa productionem obligationis & actionis inter conventiones nominatas & innominatas differentiam. Videamus igitur, quam vere &

& rationi juris noſtri convenienter hæc dicantur. Et vel uno exemplo locationis & conductionis demonſtrari poteſt, quam parum hæc juri noſtro ſint conſentanea. Locatio & conductio contrahitur nudo conſenſu ſimulac de mercede pro uſu rei danda convenit: atque ut hic ex ſola conventione, nulla re interveniente oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præſens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter poteſt, ut præſtet frui, quod conductum eſt, licere. *l. 9. l. 15. §. 1. l. ſi fundus. 33. l. & hæc diſtinctio. 35. ff. locat.* at ex ſola conventione innominata agi cum effectu non poſſe fatentur ipſi adverſarii: qui ſi pro firmamento ſuæ opinionis non tam exemplum emptionis & venditionis, quam locationis & conductionis attuliſſent, fortaſſis ipſi deprehendiſſent errorem ſuum. Cæterum nec oblationem vim implementi habere in contractibus innominatis oſtendemus poſtea. Ad hæc perperam inter contractus eas etiam conventiones innominatas numerant, quæ terminos conventionis non egrediuntur; quoniam conventionis innominatæ datione demum aut facto interveniente συνάλλαγμα ſive contractus eſſe & appellari incipiunt: quamdiu autem res adhuc integra eſt, nudæ tantum ſunt conventiones, ex quibus nec obligatio nec actio jure noſtro naſcitur, ut ſupra ſatis abundeque demonſtratum eſt. Sed fingamus obligationem & actionem ex tali conventione naſci ſolo jure conventionis, quæ actio re adhuc integra intentari quidem poſſit, ſed non cum effectu: quæ ergo erit iſta actio? nimirum præſcriptis verbis, inquiunt.

12. Quod ſi porro quæras, quomodo formula actionis præſcriptis verbis, quæ in factum componitur, & rem geſtam demonſtrat. *l. 6. in fin. C. de tranſact.* accommodari poſſit ei, qui nihildum fecit, aut præſtitit, reſpondent pro varietate conventionis formulam poſſe concipi, & conventionem referri ad unumquemque ex his quatuor articulis, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; quippe hos contractus, non ita vocari ratione conventionis, ſed impletionis, eo quod ante illam nulla cum effectu actio ex iis intentari queat. Igitur, ſi eis credimus, hæ conventiones *dabo ut des, dabo ut facias*, &c. referendæ ſunt ad illas *do ut des, do ut facias*, &c. Et verbi cauſa ſi inter nos convenerit, ut ego tibi decem darem, & tu ſervum tuum manumitteres, potero re adhuc integra formulam concipere verbis in factum & rem geſtam compoſitis, in quæ & prætor judicem det hoc modo, *Si paret Mævium decem Titio dediſſe ea lege, ut ſervum ſuum Titius manumitteret, neque Titius manumittat, tum Titius damnetur.* aut contra; *Si paret Titium ſervum ſuum manumiſiſſe ea lege, ut decem a Mævio acciperet*, &c. Si aliam excogitent, quæ oblationis duntaxat, non dati aut facti mentionem habeat, ea nullo modo poterit convenire formulæ præſcriptis in factum verbis. Sed nec illud verum eſt, quod ajunt contractus *do ut des, do ut facias*, &c. ita vocari ratione impletionis tantum, non conventionis: nam verba illa do ut des manifeſte etiam conventionem exprimunt, ſed præter conventionem adſignificant cauſam quæ conventioni ſubeſt, ſive negotium interveniens, quod fundamentum eſt συναλλάγματος, efficitque, ut conventio amplius non ſit nuda, & ex ea naſcatur civilis actio.

13. Cum vident etiam in textibus pleriſque, qui huc pertinent, expreſſim negari in conventionibus innominatis nudo ſolove conſenſu obligationem conſtitui, & nominatim, ut alios prætercam, in *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quo loco Juriſconſultus diſerte ait, permutationem demum ex re tradita initium obligationi præbere, confugiunt ad neſcio quam diſtinctionem, qua non obſervata ajunt, quotquot ſunt & fuerunt hactenus Interpretes, hallucinatos eſſe: nimirum aliam ajunt obligationem &

actionem nasci jure conventionis, aliam ex perfectione & secundum perfectionem contractus; qua distinctione adhibita facile quivis ex hujusmodi laqueis se possit expedire. Ajunt igitur in *d.l.1.§.2.ff. de rer. permut.* Jurisconsultum adscribere rei traditæ initium obligationis, quæ est secundum perfectionem contractus, non quæ oritur jure conventionis. Non est mirum interpretes omnes hic hallucinatos esse, qui tam subtilem distinctionem, & quam ipsa ignoravit antiquitas, non observaverint. Sed serio. Paulus in *d.l.1.§.2.* initium obligationis in permutatione adscribit rei traditæ; ergo nullam adhuc ante traditionem natam esse intelligit: alioqui non initium obligationis, sed obligationis jure conventionis antea constitutæ perfectionem, aut efficacitatem traditioni attribuere debuisset. Sequitur mox apud Paulum, *alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu obligationem constitui dicemus: quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent, ut in emptione, venditione, conductione, mandato.* Ecce negat Paulus absolute, nudo consensu, id est, jure solius conventionis, ubi nihildum præstitum est, ut ipsa verba ostendunt, obligationem constitui, præterquam in conventionibus nominatis: unde perspicue liquet, Paulum in conventionibus innominatis productionem, constitutionem, initium, originem ipsam obligationis adscribere rei traditæ; falsumque esse, quod illi asserunt, ex conventione esse obligationem & actionem, ex datione, numeratione, præstatione, quod cum effectu actio moveri possit. Quin hoc ipsum etiam pugnat cum eo, quod rei traditæ originem adscribant obligationis, quæ est secundum perfectionem negotii, quod contrahitur: nam qui hoc dicit, ultro fatetur ex datione, numeratione, præstatione oriri obligationem, adeoque hanc obligationem esse effectum, & filiam, ut ita loquar, dationis, præstationis, &c. illa obligationis hujus causam & velut matrem: quod passim tamen negant soli conventioni vim tribuentes obligandi.

14. Ajunt mirari se, quod adversarii aliquid præsidii in *l.3.C. de rer. permut.* causæ suæ quærant. & quare? quia, inquiunt, placitum permutationis in *d.l.3.* pro nudo pacto de permutando sumitur, id est, eo de quo non constet, an deliberato animo factum sit. Verba Imperatorum in *d.l.3.* sunt hæc; *Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quæsierit partibus actionem.* Verum est hoc loco agi de pacto nudo, sed pactum nudum Imperatores intelligere, quando non constat de serio animo, commentum est, quod ex ipso textu satis evincitur. Negant simpliciter Imperatores aliter actionem re nulla secuta ex placito permutationis competere, quam si stipulatio subjecta sit: ergo ne tunc quidem, cum constat de seria voluntate paciscentium. Hoc enim Leontius proposuerat, placuisse inter se & adversarium suum, ut invicem res quasdam permutarent, quærebatque an ex hujusmodi placito jure conventionis actio sibi competeret, qua ad conventionem implendam urgere adversarium posset, paratus ipse a sua parte eandem implere: id quod Imperatores negant. Quod autem excipiunt, nisi subjecta sit stipulatio, eo significant, stipulatione demum conventioni subjecta, posse Leontium, a sua parte contentum conventioni stare, actione ex stipulatu compellere adversarium, ut & ipse quoque placitum servet, nisi velit condemnari quanti actoris intersit.

15. Simile huic placito est, quod proponitur in *l. divisionis. 45. ff. hoc tit.* si verbi causa in lite familiæ erciscundæ convenerit, ut certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque traditio ulla secuta sit, neque porro pla-

placito ſubjecta ſtipulatio: hoc enim placitum negat Juriſconſultus cuiquam ad actionem prodeſſe: non quia non ſit pactum aut conventio ſeria; ſed quia conventio nuda, placiti fines non egrediens; cujuſmodi conventiones, utut ſeriæ, nemini ad actionem proſint.

16. Poſtremo nec illud patrocinari adverſariis exiſtimant, quod ſcriptum eſt in *l. contractus*. 17. *ſub fin. C. de fid. inſtr.* eum, qui vendere pollicitus eſt, ſi recuſet adimplere conventionem, poſſe id impune facere, ſi nihil arrarum nomine acceperit, non quod ibi agatur de pacto nudo, cum deliberationem animi ſatis arguat arrarum interventus, ſed alia ratione; quoniam, quod adverſarii non animadverterunt, in ſpecie illic propoſita jure conventionis obligatio contracta fuit, cum alias diſcedens a conventione altero invito non recte multaretur. Mirifica vero collectio. Quinimo contra ſi talis conventio obligationem produceret nullo modo liceret uni invito altero recedere, nec emptori cum amiſſione arrarum, nec venditori cum duplicatarum reſtitutione.

17. Eſt enim hæc perpetui juris regula, neminem poſſe ex pœnitentia ab obligatione ſemel conſtituta & in ſe ſuſcepta invito adverſario diſcedere. *l.* 5. *C. de obl. & act.* idque vel ex ipſa natura obligationis, quæ neceſſitate ſolvendi obligatum adſtringit, intelligi poteſt, ut paulo poſt oſtendetur evidentius. Itaque amiſſio arrarum, aut duplicatarum reſtitutio non eſt pœna receſſionis non conſentiente adverſario factæ ab obligatione aliqua jure civili conſtituta, ſed temeritatis & inconſtantiæ. Quid ſi nihil arrarum nomine intervenerit? hic jam impune etiam uni altero invito recedere licebit. *d. l. contractus. ſub fin. C. de fid. inſtr.* cui jam hoc etiam conſequens eſt, etiamſi unius interſit conventionem impleri, non eo tamen magis actionem illi competere; quemadmodum nec ſi unius interſit, ex pacto permutationis aut diviſionis ulla competit. *l.* 3. *C. de rer. perm. l.* 45. *ff. hoc tit.* Et quid hic alias profecerit placitis interveniens ſtipulatio? Sibi autem imputet, qui queritur, quod cum potuerit & debuerit, pacto non ſubjecerit ſtipulationem, juxta conſilium Pauli *lib.* 2. *ſent. tit.* 22. *in fin.* Plane in hujuſmodi conventionibus de vendendo, de permutando, &c. ſi quid ab eo, qui placitis non ſtat, dolo malo factum erit, quo alter in damnum incideret, non negaverim dandam eſſe actionem de dolo, *arg. l. & eleganter.* 7. §. *ſervus.* 8. *& ibi Bart. ff. de dol. mal. Coſtal. ad l.* 7. *pr. hoc tit.* Aſſerunt porro cauſam apud Ulpianum in *d. l.* 7. §. 2. *hoc tit.* non ſignificare dationem aut factum certa lege interveniens; ſed cauſam præcedentem, nempe quæ paciſcentes movit, ut convenirent: cujus aſſertionis ſua hæc argumenta habent. 1. quia datur aliquid aut fit propter conventionem. 2. quia cauſa reſpicit conventionem. 3. quia datio aut factum per ſe non obligat, niſi ad reſtitutionem. Diceres rem ad triarios rediiſſe, quod profligatis haſtatis & principibus tantæ virtutis milites ſubſidio mittant. Sed experiamur robur ſingulorum argumentorum. In poſtremo, ut ab eo incipiam, eſt fallacia diviſionis: Neque enim nos dicimus ſolam dationem aut dationem per ſe ſine conventione obligare, non magis, quam conventionem per ſe obligare ſine datione; ſed obligare dationem a conventione informatam, ſeu dationem ſub lege viciſſim quid præſtandi, & ita ſimul juncta demum obligationem producere. Inſubtile autem eſt, quod addunt *factum*; quia facti nulla eſt reſtitutio. Secundum argumentum, quod ideo cauſa apud Ulpianum non ſignificet dationem aut factum, quia cauſa reſpicit conventionem, incidit in vitium petitionis principii: nam

de causa impellente & conventionem antecedente duntaxat hoc verum est eo sensu, quo illud accipiunt, non de ea, quæ velut materia conventioni subjicitur, formaque a conventione accepta in συνάλλαγμα abit, qualem intelligere Jurisconsultum in *d. l. 7. hoc tit.* ex oppositione §. 4. & §. 2. ejusdem legis dilucide apparet.

18. Sed & in primo quoque argumento manifesta est principii petitio: nihil enim efficiunt, nisi his verbis, *dari aut fieri aliquid propter conventionem*, hoc significent, quod datur aut fit, in proposito dari aut fieri propter vim obligationis ex sola conventione natæ; quod est falsum: cum enim, ut ex iis, quæ jam antea disputata sunt, clarissime liquet, in conventionibus innominatis origo obligationis non a nudo consensu, sed a datione aut facto ad consensum accedente proficiscatur, qui a parte sua, quod placuit, præstat, non facit id ex necessitate obligationis, quam non gignit nuda conventio; sed ut adversarium, qui itidem nulla juris necessitate adstrictus est, illa præstatione efficaciter obliget. Atque hinc est, quod præstatio illa non solutio, quæ debiti est, sed datio appellatur: & quia illa fit ob causam futuram, ut vicissim quid detur, satis apparet eam comparatam esse non ad liberandum, sed ad obligandum eum, qui & ipse antea obligatus non erat, non ut quid solvat, quod antea debebat, sed ut quid det aut faciat secundum legem dationi dictam; & hic si is, qui accepit, causam, ob quam accepit, implere cessaverit, competit ei, qui dedit vel ad repetendum condictio tanquam ob causam dati causa non secuta, vel incerti præscriptis verbis actio in hoc, quod ejus interest causam impletam esse. *l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscript. verb. & passim tit. ff. & C. de cond. caus. dat.* Quod si datio illa respiceret causam aliquam præteritam aut antecedentem obligationem, nulla competeret dati repetitio: nam quod ob causam præteritam datur, condici non potest. *l. damus. 52. ff. de cond. indeb. l. mercalem. 5. C. de cond. ob turp. caus.* nec debiti soluti ulla repetitio est, ne ejus quidem, quod naturaliter ex nuda pactione debetur. *l. naturales. 10. ff. de obl. & act.*

19. Apparet itaque nihil eos juvare, quod de venditore afferunt, eum non tradere mercem, ut emptorem sibi obliget, sed ut obligationi jam antea ex conventione natæ satisfaciat: nam a conventione nominata, ex qua etiam nudo consensu obligatio constituitur, ad innominatam, in qua initium obligationi res tradita præbet, non procedere argumentationem perspicue docet Paulus *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Venditor igitur mercem tradens, solvit, quod debet, & ad quod solvendum jure judicioque cum eo agi poterat: non ut emptorem obstringat, quem satis ex conventione obstrictum habet; sed ut se liberet: at in contractu innominato, verbi causa, do ut des, sive nuda aliqua conventio præcesserit, sive non, qui dat, ut vicissim quid detur, non solvit, quod debebat; sed dat, quod non debebat, ut accipientem, qui & ipse antea obstrictus non erat, hac datione sibi obstringat. Atque hinc est, quod venditor, qui fidem emptoris secutus mercem tradidit, ex pœnitentia mercem repetere non potest. *l. incivile. 12. D. de rei vind. l. 3. C. de contr. empt. l. 6. de resc. vend.* nimirum quia hic obstat præcedens obligatio, quæ pœnitudinem non recipit; quoniam nemo potest constitutæ semel obligationi renuntiare invito adversario. *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de resc. vend. l. in commodato. 17. §. 3. ff. commod.*

20. Contractuum autem, qui in aliud nomen non transeunt, natura hæc est, ut danti ob causam rebus integris pœnitere liceat, & ex pœnitentia datum repetere, aut obnuntiare accipienti, ne causam impleat: contraria videlicet ratione, quoniam

niam

niam cum ad dandum obstrictus non fuerit, nec ad datum tali lege, quasi prius debuisset, relinquendum obstringi debet. *l.* 3. §. 1. & 2. *l.* 5. *pr.* & §. 1. *ff. de cond. caus. dat. l. in summa.* 65. §. *quod ob rem.* 4. *ff. de cond. ind.* Quod si ubi jam aliquid datum est ab una parte, ille qui dedit, ex pœnitentia datum repetere potest, invito adversario, multo minus, si nihildum dederit, ab adversario ut det, poterit constringi, licet ille a sua parte conventionem implere velit. *l. contractus.* 17. *sub fin. C. de fid. instrum.* Et hoc significant interpretes, cum ajunt, in conventionibus innominatis oblationem non habere vim implementi.

21. Excipiendi autem sunt ex contractibus innominatis illi, qui transactionis & finiendarum litium gratia ineuntur, in quibus ob eandem causam nec locus est pœnitentiæ, ne scilicet lites transactione semel decisæ instaurentur. *l. in summa.* 65. §. 1. *ff. de cond. ind. l. quamvis.* 39. *C. de transact.* & *ibi DD. Jas. in l.* 5. *pr. ff. de cond. caus. dat. colum.* 3. Jam opinor videmus, unde hæc juris nascatur varietas, nempe ex differentia, quæ est circa productionem obligationis in conventionibus nominatis & innominatis; quia in illis receptum est, ut etiam nudo consensu obligatio contrahatur, in his non contrahitur nisi re aut facto aliquo interveniente.

22. Illud enim perpetuo verum est, nec ullam patitur exceptionem, neminem posse ab obligatione semel constituta & in se suscepta adversario non consentiente discedere. *d. l.* 5. *C. de obl.* & *act.* quippe hic certissimus est obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori. *Inst. quib. mod. tol. obl.* & *pass. ff.* & *C. de solut.* Quam etiam ob causam obligatio definitur juris vinculum, quo necessitate adstringimur ad solvendum, quod debetur. Si ergo qui obligatus est, adstringitur necessitate solvendi, consequens est omnino, non esse in ejus arbitrio, utrum velit solvere nec ne; quod tamen futurum esset, si liceret ei pro arbitrio a contractu recedere. Atque hoc non solum locum habet in contractibus, qui nomen suum habent, ut quidam putaverunt; verum etiam in iis, qui non habent proprium nomen, ut ecce, dedi tibi aliquid ea lege, ut mihi vicissim aliquid dares aut faceres, si cessas dare aut facere, teneris mihi in id, quod mea interest, id, de quo convenit, datum aut factum esse, eoque nomine tecum experiri possum actione præscriptis verbis; neque tu huic obligationi in te susceptæ renuntiare potes, tuove te facto aliter liberare, quam si id de quo convenit, præstes. *l.* 5. §. 1. & §. 2. *ff. de præsc. verb.* Quod vero hic mihi, qui dedi, liceat rebus integris ex pœnitentia datum repetere, regulam non offendit: neque enim ego dici possum datum repetens renuntiare alicui obligationi in me susceptæ, cum ipse nec ante obligatus fuerim, nec tibi dando id egerim, ut me tibi, sed ut te mihi obligarem. Sed neque exempla mandati, societatis, depositi, precarii, quæ huic regulæ objici solent, eam aliqua parte vitiant. Mandati obligatio solo consensu contrahitur, & tamen ei, qui mandatum suscepit, liberum est mandatum renuntiare. An ergo cum mandatum renuntiat, dicendus est renuntiare constitutæ obligationi? Minime. Nam cum mandatarius non aliter ab initio obligari intelligatur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempestive renuntiet. *l. si mandavero.* 22. §. *ult. l. si quis.* 27. §. 2. *ff. mand.* §. *mandatum.* 11 *Inst. eod.* ubi in tempore renuntiat, non modo contra obligationem nihil facit, sed maxime præstat, quod erat in obligatione. Eademque ratio est & in mandati revocatione; quoniam nec mandator præcise obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Similiter societas quoque consensu contrahi-

& unius e sociis renunciatione dissolvitur: nec tamen qui societatem socio renunciat in novo negotio nondum cœpto, renunciat constitutæ obligationi, quia nemo in societate obligatur, ut invitus in societate maneat; in tantum ut etsi nominatim convenerit, ne a societate discederetur, talem tamen pactionem ut inutilem & contra naturam societatis factam contemnere liceat. *l. si convenerit.* 14. *l. nulla.* 70. *ff. pro soc. junct. l. verum.* 63. *pr. ff. eod. l. cum pater.* 77. §. *dulcissimis.* 2. *ff. de legat.* 2. Postremo nec officium suum perdit regula superior in specie *l.* 1. §. *antepen. & pen. ff. depos.* ubi si rem apud te sic deposuero, ut post mortem vel tuam vel meam reddatur, placet me statim depositum posse repetere; nec in specie precarii in eandem sententiam proposita in *l. cum precario.* 12. *ff. de precar.* ubi cum res precario sic datur, ut is, qui eam accipit, usque ad Calendas Julias precario possideat, respondetur posse nihilominus etiam ante ei possessionem auferri: quoniam neque deponens obligatur, ut ne repetat depositum, neque is, qui precario dedit, ut non repetat precarium: imo contra & qui depositum accepit, & qui accepit precarium, ipsi obligantur in hoc, ut dominis reposcentibus acceptum reddant. Illud tantummodo hic quæri potest, an is qui depositum aut precarium accepit, exceptione pacti conventi ex edicto defendi debeat, ne ante diem cogatur depositum aut precarium restituere: & recte placuit nullam esse hujus conventionis vim, neque in deposito, quia dies adjectus est deponentis duntaxat gratia, ut depositarius cogeretur tamdiu rem custodire; neque in precario, quia conventio de re precaria non repetenda naturæ precarii adversatur, ut ipse Jurisconsultus in *d. l. cum precario.* significat. In commodato autem contrario modo se res habet, nempe propter obligationem commodantis, quæ impedit, quominus usum rei ad certum modum & tempus concessum ante tempus auferre liceat. *l. in commodato.* 17. §. 3. *ff. commod.*

22. Redeamus in viam & videamus ne definitio contractus a nobis proposita nimis lata sit. Etenim Labeo in *l.* 19. *ff. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem; id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur; qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loco* expresse a contractu distinguit. Sed animadvertendum Labeonem illic non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio; sed quid prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, *actum, contractum, gestum.* Nam cum singula hæc per se posita, & vi sua generalia sint, apparet Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque *contractus* ad eam speciem traducere contractuum, qui mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus non in eo consistere, ut ultro citroque obliget: verum non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum; id quod satis ostendit vetus, & recepta contractuum divisio apud Gajum *l.* 1. *ff. de obl. & act.* apud Ulpianum *l.* 1. §. 2. *ff. de pact.* apud Justinianum §. *ult. Inst. de oblig.* item *Inst. de auct. tut. in pr.* quo loco evidentissime contractus μονόπλευροι, cujus generis est stipulatio, & δίπλευροι, quales sunt emptio, locatio, societas, &c. ut diversæ unius generis species secernuntur.

23. Apparet autem ex disputatione Ulpiani in *d. l.* 7. §. 1. & 2. *ff. hoc tit.* unde nostra con-

contractus definitio ſumpta eſt, non omnem conſenſum duorum ad conſtituendam obligationem interpoſitum contractum eſſet: ac proinde non ſatis recte a Theophilo contractum definiri hoc modo; συνάλλαγμά ἐστι δύο, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ σύνοδός τε καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τῷ συστήσασθαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον. id eſt, *Contractus eſt duorum vel plurium in idem conventio & conſenſus ad conſtituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius.* Nam ſi inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis cauſa, hæc etiam conventio eſt duorum vel plurium conſenſus in hoc, ut alter alteri obligetur: contractus tamen non eſt, ſed nudum pactum; unde nec actio ex eo naſcitur. *l.* 3. *C. de rer. perm.*

24. Quinimo etiam hoc ex eadem diſputatione evincitur, nec pacta legitima, neque ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus eſſe, aut cum contractibus confundenda; ſed eſſe & manere pacta nuda quamvis communem vim obligandi cum contractibus habeant: ſiquidem nec in proprium conventionis nomen tranſeunt, nec cauſam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem: utique ſi per ſe ſpectentur, illa ſine adminiculo legis, hæc relative ad ſtipulationem, aut ut ſejuncta ab eo contractu, cui adhibentur. Cæterum interpretes plerique hæc etiam pacta veſtiverunt, alterum veſtimento aſſiſtentiæ legis; alterum cohærentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta ſolummodo appellant, quæ vim obligandi non habet, & in terminis juris gentium manſerunt. Neque hoc caret ratione, & ſuo ſenſu recte dicitur, nimirum quatenus in pactis legitimis conſideramus ſpecialem confirmationem, in pactis adjectis unionem cum contractu, in quo fiunt, & cujus in partem tranſeunt.

25. Juriſconſultus Græcus pacta legitima a nudis ſegregat διὰ τὴν ἰδικὴν ἐπικύρωσιν, contractibus autem in continenti adjecta in nudorum numero relinquit, ſed quæ ſint alterius naturæ & efficaciæ: ſic enim ille μελ. περὶ ψιλ. συμφ. ψιλὰ οὖν ὡς ἀληθῶς καὶ τὰ ἐξ κοντινέντι, καὶ εἰκότως· εἰ γὰρ ψιλόν ἐστι πάκτον, καθὼς ὁ νόμος ὡρίσατο, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος κυρούμενον ἰδικῶς, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπῖπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον ἡγησαμένης προτέρου δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει· τὸ μηδενὸς τούτων μετέχον, μηδὲ τῆς αὐτῆς δυνάμεως ἀποφερόμενον γνώρισμα, ψιλὸν καὶ αὐτὸ τεχνικῶς ἄγαν καὶ ἠκριβωμένως κληθείη. καὶ ψιλὸν, οὐχ ὡς τὰ ἐξ ἰντερβάλλο, ἀλλ' ἑτέρας φύσεως καὶ ἰσχύος. *Ergo,* inquit, *revera nuda pacta ſunt etiam quæ ex continenti, & merito. Nam ſi nudum pactum eſt, ut lex ipſa definivit, quod non lege quadam aut ſenatuſconſulto ſpecialiter confirmatur, quod non tranſit in ſpeciale nomen contractus, quod non ſtat in eodem genere prius aliquo dato vel facto, ut detur aut fiat: utique quod nullius horum particeps eſt, nec notam habet, unde agnoſcatur habere eandem vim, nudum & ipſum artificioſe admodum & accurate vocabitur: nudum autem non ut illa ex intervallo, ſed naturæ alterius & aliam vim habens.* Cæterum juris noſtri conditores omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti, aut pacti placitive ſimpliciter, appellare ſolent. *l.* 6. *l.* 7. *§. quinimo.* 5. *& ſeq. ff. hoc tit. l. in bonæ.* 13. *C. eod. l. etiam.* 30. *ff. de uſur. l. frumenti. C. eod. l.* 6. *C. de jur. dot. cum ſimilib.*

Cap. IX.

De pactis in continenti contractibus adjectis.

1. *Pacta in continenti adjecta bonæ fidei judiciis insunt etiam ex parte actoris : adjecta ex intervallo duntaxat ex parte rei. & latius* N. 4.
2. *Illustratur hoc variis exemplis.*
3. *Removetur difficultas quædam, quam parit* l. 7. §. 5. hoc tit.
4. *Quid Papiano sint adminicula contractus.*
5. *Quid extra naturam contractus Ulpiano.*
6. *Non male interpp. vulgo secernere naturalia contractuum a substantialibus.*
7. *Quid juris in pactis circa substantiam contractus.*
8. *Quid in pactis quæ contra substantiam contractus adhibentur, eorumve naturæ repugnant.*
9. *Quid in iis, quæ terminos naturæ contractus egrediuntur.*
10. Ex continenti *sive* in continenti, *locutio nostris familiaris : cui opponitur* postea, ex intervallo, &c.
11. *Quid Latinis* continens.
12. *Quam varie hæ voces* ex continenti, *vel* in continenti *in jure nostro accipiantur.*
13. *Quæ pacta ex continenti fieri dicantur.*
14. *An etiam ea, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur : ubi multa notatu digna.*

1. EX his, quæ hactenus disseruimus, apparet pacta, quæ adjiciuntur dationibus & factis, ut ita loquar, informibus & simplicibus, puta cum do aut facio ea lege, ut vicissim quid detur aut fiat, constituere contractum innominatum: cujus hæc vis sit, ut civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis producat. Agendum porro est de iis pactis, quæ adjiciuntur factis & dationibus, quæ alias certam formam habent, quærendumque quem effectum habeant pacta opposita contractibus nominatis. Et aut pacta hæc adjiciuntur contractibus ex continenti, aut ex intervallo. De adjectis in continenti traditum est, ea inesse bonæ fidei judiciis etiam ex parte actoris, actionemque contractus & contractum ipsum formare, legemque contractui dare : & contra de interpositis ex intervallo, ea non inesse ex parte actoris, sed tantum ex parte rei locum habere, eique prodesse ad exceptionem. *l. juris gentium.* 7. §. *quinimo.* 5. *& seq. ff. hoc. tit. l. in bonæ.* 13. *C. eod. l. cum dotem.* 10. *C. de jur. dot. l. pacta conventa.* 72. *ff. de contr. empt.*

2. Illustremus rem exemplis. Venditor emptori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen, ut satisdet dato fidejussore, sed sufficit regulariter nuda repromissio. *l. emptori.* 37. *l. si dictum.* 56. *ff. de evict.* Hic autem, siquidem ex continenti convenerit, ut venditor ob evictionem satisdaret, hoc est, fidejussorem (*waerborge*, qui secundus auctor. *l.* 4. *ff. de evict.*) daret, pactum hoc sive conventio format contractum, id est, legem hanc contractui dat, ut satisdetur, formatque etiam ipsam actionem, id est, facit, ut actio ex empto porrigatur etiam ad id, quod pacto comprehensum est, atque ut possit emptor judicio empti cum venditore experiri, eumque compellere,

pellere, ut evictionis nomine fidejussorem det. *d. l. 4. l. 37. l. 56. ff. de evict.* Quod si vero ex intervallo emptione jam perfecta idem convenerit, id pactum emptori ad agendum & fidejussorem pro evictione petendum non proderit. *l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit. l. pacta. 72. ff. de contr. empt.* Vendidi tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud, valet conventio non aliter, quam emptio ipsius fundi. *l. si in emptione. pr. 34. l. fistulas. 78. ff. de contr. empt.* Et ex converso, quod meo commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede, valet hæc conventio haud secus, quam de pretio alterius partis. *l. fundi. 79. ff. eod. tit.* Cæterum neutra aliter, quam si in continenti apposita sit. *dd. ll.* Natura depositi hæc est, ut in eo dolus duntaxat præstetur. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. ult. ff. depos.* At enim si ab initio convenerit, ut depositarius culpam quoque præstaret, rata est conventio; quippe quæ legem hanc deposito dat, ut culpa quoque præstetur, quam alias hic contractus non recipit. *d. l. 1. §. si convenit. ff. depos. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. contractus. de reg. jur.* Plura ejuscemodi exempla passim obvia. Huc etiam pertinet lex commissoria, lex redhibendi oblato pretio, item lex illa vulgaris, ut si displicuerit, res sit inempta, & ea quæ dicitur in diem addictio. Casus fortuiti in nullo bonæ fidei judicio præstantur. *l. 6. C. de pign. act.* Si tamen initio nominatim convenerit, ut commodatarium puta, aut conductorem, aut venditorem damnum fatale sequeretur, conventio servabitur, quia legem contractui dedit. *d. l. contractus. 23. de reg. jur. d. l. 6. C. de pign. act. l. 1. C. commod. l. 9. §. 2. ff. locat. l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Unum addam, quod nonnihil difficultatis habere videtur. Id tale est. Si in contrahendo matrimonio & dote constituenda hujusmodi pactum apponatur, ne tempore statuto dilationis (annua, bima, trima die) dos reddatur, sed statim; hoc pactum soluto matrimonio ad agendum mulieri prodest, formatque actionem rei uxoriæ: Si vero forte jam divortio facto convenerit, ut non expectata legitima dilatione dos statim redderetur; tale pactum ad agendum non valet. *l. 7. §. 5. hoc tit.* quia in pactis ex intervallo adjectis non est recessum a regula, ex pacto actionem non dari.

3. Dixeris autem hanc pactionem, non obstante eo, quod ex intervallo interposita sit, saltem prodesse debere ad replicationem, ut si muliere statim petente, excipiendo alleget maritus ante annum non recte peti, replicare possit mulier, pacto eam dilationem esse sublatam. *arg. l. si unus. 27. §. 2. ff. hoc tit.* Respondeo, exceptio, quæ mulieri ante tempus dotem petenti objicitur, legitima est, pacti conventi non item. Nimirum pactum de non petendo tantum ex conventu valet tuitione prætoris, non legis alicujus confirmatione; & ideo exceptio inde competens alterius pacti replicatione adjuvante prætore facile tollitur. At pactum, quod obligationem ex lege descendentem auget, inutile est adjectum ex intervallo, & ne ad replicationem quidem valet, ut majorem, quam ex lege est, obligationem reddat; quod utique hic saltem effectu futurum esset, si vires haberet pactio. Alii respondent nullam ante legitimum tempus mulieri actionem competere, propterea quod lex maritum non nisi elapso anno obligat & cogit ad restitutionem dotis.

4. De pactis igitur adjicientibus sive augendæ obligationis gratia interpositis sic habendum, ut si ex continenti bonæ fidei contractibus fuerint adjecta, contractum forment, forment actionem ipsam, quæ ex contractu datur: quod Græci sic exprimunt, ἀμείβουσι, τυποῦσι, μειζονοῦσι τὴν ἀγωγὴν, καὶ τῷ ἐνάγοντι συμβάλλονται. At contra,

quæ ex intervallo interponuntur, contractum, vel actionem contractus non formant; propterea quod post contractum jam usque quaque perfectum interponuntur; & ideo ad actionem non prosunt, τῷ συνάγοντι οὐ συμβάλλει). At vero pacta detrahentia, quæ obligationem minuunt, quæ leviorem conditionem unius e contrahentibus faciunt, etiam ex intervallo facta prosunt ad exceptionem, τῷ συναγομένῳ ὑπὲρ τῷ παραγραφῶν. Ut ecce, si post emptionem perfectam ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præstet: hæc pactio quamvis ex intervallo interposita, contractu continetur, auctore Papiniano in *l. pacta conventa. 72. ff. de contr. emp.* id est, vires habet jure exceptionis agente emptore de cautione præstanda. Loquitur autem ita Papinianus, quia exceptio pacti inest bonæ fidei judicio. *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed & si. 21. sub fin. ff. solut. matrim.* id est, judex exceptionis rationem habet, etiamsi reus in lite contestanda eam omiserit. Quod si ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præstetur, tutus erit venditor ipso jure. Idemque dixerim, si talis conventio venditioni mox subjecta sit. *arg. l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* Atque hæc ita se habent in pactis circa adminicula contractus, ut ea vocat Papinianus *d. l. pacta. 72. ff. de contr. empt.* cum aliquid extra naturam contractus convenit, ut Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit.* παρὰ φύσιν συναλλάγματος, ut Græci.

5. Adminicula Papiniano dicuntur dies, conditio, modus, aliaque adjumenta adhibita ad negotium promovendum, quæ adesse & abesse possunt, ut tamen contractus per se ac sine iis consistat; Græci ἀφορμὰς vocitant: veluti, ut scriptura adhibeatur, ut periculum præstetur, ut præstetur culpa in contractu, qui dolum tantum recipit, aut dolus duntaxat in eo, qui recipit & culpam, ut dos statim non expectato legitimo tempore dilationis reddatur, in emptione & venditione, ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur, vel, ut ne omnino præstetur, ut pensitentur usuræ pretii tardius exoluti. *l. 5. C. de pact. int. empt.* ut pretio sua die non soluto res sit inempta, &c. Pomponius causas obligationum vocat, sed quæ pacto mutabiles. *l. nec ex prætorio. 27. de reg. jur.* De his rebus cum pacta fiunt, ea sunt, quæ extra naturam contractus fieri ab Ulpiano dicuntur. Extra naturam contractus, id est, extra οὐσίαν, essentiam contractus, quæ non attingunt contractus substantiam.

6. Igitur extra naturam emptionis est, si quid extra rem aut pretium; extra naturam locationis, si quid extra usum rei & mercedem dari aut fieri convenerit. Nam quod Papinianus in *d. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.* emptionis substantiam, id Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit.* citans sententiam Papiniani, quæ ex *lib. 10. quæst.* relata est in *d. l. pacta conventa.* appellat contractus naturam.

7. Non male tamen alias natura contractus a contractus substantia distinguitur; quemadmodum & Interpretes vulgo contractuum naturalia a substantialibus secernunt. Naturalia enim recte appellabimus, quæ naturaliter insunt cujusque contractus judicio, si de his nihil convenerit. *l. 11. §. 1. ff. de act. empt.* verbi causa, ut dicamus naturam emptionis & venditionis esse, ut simpliciter de evictione caveatur; depositi, ut dolus solus præstetur; commodati, ut præstetur & culpa & diligentia. Hæc enim est horum contractuum conditio, modus & jus, quod eorum naturæ lex tribuit, ut hoc explicat Paulus *l. si unus. 27. §. 2. in fin. ff. hoc tit.* qui & alibi agens de pacto, quod ad mandati adminicula pertinet, ait id naturam mandati excedere. *l. 5. §. pen. ff. de præscr. verb.* Cæterum quia hæc naturæ contractuum insunt tantum ex acci-

accidentia, & ideo adesse vel abesse possunt, salva sustantia contractus, inde est, quod pacta, quæ de iis fiunt, extra naturam contractus fieri dicat Ulpianus, per naturam intelligens ipsam contractus substantiam, hoc est id, sine quo negotium consistere non potest: verbi gratia, emptio & venditio sine pretio, locatio & conductio sine mercede nullius momenti sunt, quia ex his substantia horum contractuum constat.

8. Quid ergo juris in iis pactis, quæ substantiam contractus attingunt? nimirum illa etiam ex intervallo interposita, rebus integris, insunt a parte agentis, actionemque contractus formant. Veluti si post emptionem perfectam, re tamen adhuc integra, id est, neque pretio dato, neque re tradita, convenerit de pretio augendo minuendove. *l.7.§. adeo. 6.ff. hoc tit. d. l. pacta conventa.* 72.*ff. de contr. empt. l.* 2.*ff. de resc. vend.* Atque hanc regulam usque adeo veram esse scribit Ulpianus in *d.l.*7. §. *adeo.* ut constet conventione postea facta ab emptione cæterisque bonæ fidei judiciis re nondum secuta abiri posse. *l. ab emptione.* 58. *ff. hoc tit. l.*3.*l.*5.§.1.*ff. de resc. vend. l.* 1. *C. quand. lic. ab empt. disc.* Atque hoc argumento, tanquam a majori ad minus, mox probat, etiam partem contractus pactione mutari posse, puta ut vel pars tantum rei venditæ aut locatæ vendita vel locata maneat, vel ut augeatur minuaturve pretium aut merces. *l.* 2.*ff. de resc. vend. d. l. pacta conventa.* 72.*ff. de cont. empt. l. si unus.* 27. §.2.*vers. quod si non. hoc tit.* Quomodo vero hæc pacta insunt contractui, quæ novum contractum inducunt? Respondemus hisce pactis proprie non tam renovari contractum, quam reformari & repeti, id quod apud Ulpianum satis indicant notæ improprietatis, *quodammodo*, *quasi.* Hæc autem ea pacta sunt, quæ Græcis ἐκ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος συμφωνούμενα, Ulpiano, quæ ex eodem sunt contractu. κατὰ φύσιν est κατ' οὐσίαν, ex eodem contractu, ex substantia contractus.

9. Eorum autem pactorum, quæ contra substantiam contractuum adhibentur, eorumve naturæ repugnant, quædam tanquam accessiones insuper habentur, & nullius momenti sunt salvo contractu; veluti si convenerit in societate, ut ab ea non liceat recedere. *l.*14.*junct. l. nulla.* 70.*ff. pro soc.* aut ut ad unum lucrum, ad alterum damnum pertineat. *l. si non fuerint* 29.§. 2. *eod.* in de posito aut precario, ut non nisi post certum tempus repetatur. *l.* 1. §. *antepen. & pen. ff. dep. l. cum precario.* 12.*ff. de prec.* Quædam priorem contractum renovant, novæque conventionis jus ac nomen inducunt: veluti si in deposito, commodato, mandato convenerit, ut merces præstetur: hic enim ex deposito, commodato, mandato quæ natura sua gratuita sunt, efficietur locatio & conductio. *l.* 1. §. *si vestimenta.* 8. *ff. depos. l.* 5. §.2.*ff. commod. l. polienda.* 22.*ff. de præscr. verb.* §.2.*Inst. quib. mod. re contr. obl.* §.*ult. Inst. mand.* Natura emptionis & venditionis est, ut pretium & merx inter se commutentur, locationis & conductionis, ut merces & usus rei: si convenerit, ne pretium aut merces detur, donatio est, non emptio aut locatio. *l. si quis.* 38. *ff. de contr. empt. l. si quis.* 46. *ff. locat.* Natura societatis est, ut uterque aliquid conferat; si convenerit, ut alter solus conferat, alter nihil; non societas, sed donatio est. *l.* 5. §. *ult. pro soc.*

10. Denique quædam pacta notam contractus, cui apponuntur, naturam egredientia, non tam contractum transformant, quam alterant: veluti si quis pecuniam hac lege deposuerit, ut depositario ea uti liceret, & ut præstaret usuras: hæc enim conventio licet excedat depositi modum; non tamen efficit, ut res in alium contractum abeat. *l. Lucius.* 24. *l. Publia.* 26.§.1.*ff. depos. add. Hotom. illust. quæst.* 36. & 37. *Cujac.* 2. *obs.*

obs. 15. & *ad l.* 7. §. *quinimo.* 5. & *seq. ff. hoc tit. Pac. Duar.* & *Baron. ibid. Borcholt. c. ult. de pact. n.* 56. & 57. *Bachov. c. de pact. renovat.*

11. Explicemus nunc, quod hic locus omnino postulat, quando pactum in continenti contractui adjectum esse intelligatur. Ex continenti sive in continenti, unde Gallicum *incontinent*, locutio est Jurisconsultis familiaris, idem significans, quod sine ulla intermissione, e vestigio, illico, confestim, continuo, παραχρῆμα εὐθὺς, quibus opponuntur *postea*, *post tempus*, *ex intervallo*, μετὰ χρόνον. Eum, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc *confestim*, ait Ulpianus in *l.* 3. §. *eum autem.* 9. *ff. de vi* & *vi arm.* & mox eundem, qui dejecit, permissum dejicere, non *ex intervallo*, sed *ex continenti.* quod Julianus in *l. qui possessionem.* 17. *ff. eod.* dicit *illico*, *in ipso congressu.* In *l. si usuras.* 21. *C. de usur.* in continenti dicitur facta numeratio, quæ pignoris dationem e vestigio secuta est. In *l. lecta.* 40. *ff. de reb. cred. l. si ita.* 135. §. *Seja.* 2. *ff. de verb. oblig. l.* 3. *C. de ædil. act.* pactum in continenti factum aut secutum, est pactum contractui continuo appositum, junctumque quasi negotii quadam continuatione.

12. Continens enim inter alia Latinis idem est, quod Græcis συνεχόν. Continentia urbis appellamus ædificia urbi juncta & contigua. Unde Romæ etiam ea fieri intelliguntur, quæ in continentibus Romæ ædificiis fiunt, id est, in suburbiis, ἐν προαστείοις. *l. ædificia.* 139. *l. mille passus.* 154. *l. collegarum.* 173. §. 1. *l. absentem.* 199. *ff. de verb. sign.* Qui in continentibus urbis nati sunt, Romæ nati intelliguntur. *l.* 147. *eod.* Sic continentes provincias veteres dicebant, quæ Italiæ conjunctæ sunt, ut Galliam & Siciliam Provinciam, quod Italiæ proxime cohærent nullo interjecto mari. *l. notionem.* 99. §. 1. *eod.* Cicero in epistolis partem Cappadociæ continentem cum Silicia facit. Cæterum hæ voces, *ex continenti* vel *in continenti* pro re subjecta aliter atq; aliter accipiuntur.

13. Interdum *in continenti* accipere debemus ἐν πλάτει cum modico spatio & laxamento aliquo temporis, quod arbitrio judicis sit definiendum. *l.* 1. §. *item si ita.* 8. *ff. ad leg. Falc. l. ratum.* 13. *ff. de solut.* Quemadmodum & Sicilia inter continentes provincias numeratur, eo quod modico tantum freto Italia dividitur. *d. l. notionem.* 99. §. 1. *de verb. sign.* In lege Julia de adulteriis coërcendis, qua permissum patri filiam in adulterio deprehensam una cum adultero occidere, sed in continenti, & *in continenti* sic acceptum est, ut si dum adulterum occidit, filia profugerit, patre non dissimulante, & interpositis horis apprehensa sit, & a patre, qui eam persequebatur, occisa, in continenti occisa videatur. *l. quod ait lex.* 23. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Interpositis horis, est μετά τινας ὥρας, post horas aliquot, ut Græci *lib.* 69. *Basilic. tit.* 37. Interdum & quod triduo post factum est, ex continenti factum intelligitur, ut in specie *l. ult. C. de err. advoc.* ut & illico fieri, quod fit intra triduum proximum, ut in *l. ult. C. de judic.* In materia defensionum Græci interpretantur in continenti ἐντὸς δύο ὡρῶν, ut ex Theodoro Hermopolite adnotavit Cujacius *lib.* 5. *obs.* 18.

14. Pacta autem ex continenti fieri dicuntur quæ fiunt in ingressu contractus. *l.* 7. §. *quinimo.* 5. *ff. hoc tit.* in ingressu, id est, initio contractus. *l. initio.* 5. *C. de pact. int. empt. l. contractus.* 23. *de reg. jur. l. si alienam. C. de fidejuss.* quæ ab initio fiunt *l.* 5. §. 2. *ff. commod. l. Lucius.* 24. *ff. depos. in fin.* Græcis ἐν ἀρχῇ γινόμενα. Initium autem & ingressum non debemus intelligere primum contrahentium congressum de re aliqua tractare incipientium: nam quomodo pacta de re ad contractum pertinente fieri possunt, cum de re ipsa nihildum tractatum est? sed quæcunque ante tractantur & agitantur inter contrahentes, quibus efficitur, ut res tandem conveniat, de qua agi cœptum

ptum eſt,ea contractus initium recte appellamus,quia plenum in rem conſenſum antecedunt: item ingreſſum,quia ſunt ejuſmodi,per quæ ingredimur & pervenimus ad eum conſenſum. Neque enim verbi cauſa,ut primum aliqui de re emenda vendendaque tractare inter ſe cœperunt, ita continuo emptio inter eos contrahitur,ſed longum ſæpe tempus intercedit prius, quam de re conveniat.*l.8.C.de reſc.vend.*Qua ratione quæ in ingreſſu contractus fieri dicuntur *d.l. 7.§. quinimo.* alibi dicuntur fieri tempore contractus. *l.pen. C. de pact. int. empt.* quia ſcilicet fiunt per id tempus, quo res geritur,ſeu in negotio gerendo, ut hoc expreſſit Ulpianus *l. paciſci. 31.ff. hoc tit.*

15. Quid ergo, an non etiam ea pacta in continenti fieri recte dicuntur, quæ negotio contracto mox ſine ullo intervallo ſubjiciuntur? Et multi quidem hoc recte dici poſſe fatentur ſecundum verbi ſignificationem, ſed negant id poſſe intelligi in quæſtione propoſita, cum ſcilicet, *in continenti* & *poſtea* ſive *ex intervallo*, opponuntur, & ſane non ſine ſpecioſis admodum rationibus. Nam primum ea pacta in continenti fieri definit Ulpianus *d.l.7.§ quinimo.* quæ legem contractui dant, id eſt, quæ ſunt moderamen & temperamentum quoddam contractus, ſine quibus contractus initus non fuiſſet. At non alia pacta videntur legem contractui dare poſſe, quam quæ interponuntur antequam de re convenit in negotio gerendo, cum adhuc contractus eſt in fieri, ut poſſit per pactum formari, ut loquitur Caſtrenſis in *d.l. 7. § quinimo.* Contractus autem jam perfectus & abſolutus non poteſt eorum judicio aliam formam a pacto accipere; quia inter ſe pugnent, venditionem verbi cauſa contrahi ſimpliciter, & contrahi certa lege. Deinde in *l. 5. C. de pact.int.empt. & vend.* ajunt, non tantum ſcriptum eſſe,eam conventionem valere,quæ facta eſt initio venditionis: ſed etiam additum nominatim,eam non valere ad agendum,quæ initio facta non ſit. Neminem autem dicere poſſe pacta in ingreſſu aut initio contractus facta eſſe,quæ contractu jam perfecto ſecuta ſunt: licet enim ſtatim ſequantur,fieri tamen poſtea,id eſt, poſt contractum negotium. Quamobrem etſi maxime non repugnat ſignificationi verbi, ut dicamus etiam ea pacta in continenti adjici, quæ contractui jam perfecto e veſtigio apponuntur; tamen non poſſe dici adjecta in ingreſſu, initio contractus; neque etiam in continenti ad hunc effectum, ut actionem contractus forment, legem contractui dent,eique inſint & partem ejus conſtituant. Verum enim vero vix eſt,ut ego huic ſententiæ acquieſcere poſſim. Movet me in contrarium locus Ulpiani in *d. l.7.§.quinimo.*ubi Juriſconſultus ſic definit,ut ſiquidem pacta ex continenti ſubſecuta ſunt,etiam ex parte actoris inſint; ſin ex intervallo,non item. Nam his verbis,ſi quid ego video,ſatis aperte ſignificat etiam ea pacta,quæ poſt contractum,dummodo ſine intervallo,ſubjiciuntur,ex parte actoris ineſſe:ex adverſo vero non ineſſe,ſi quid poſt contractum ex intervallo convenerit; quomodo & ipſe poſtea hoc explicat. Et huic ſimile eſt, quod Imperatores in *l.3.C.de ædil.act.*reſcribunt,poſſe emptorem experiri ſecundum fidem non modo pacti antecedentis,verum etiam in continenti ſecuti: ubi palam eſt per pactum antecedens intelligi id, quod in ingreſſu ſive initio aut tempore contractus interpoſitum eſt; in continenti ſecutum,quod mox contractui adjectum. Unde neceſſario conſequitur,ea quoque pacta,quæ in continenti ſubjiciuntur, contractui bonæ fidei ex parte actoris ineſſe, actionemque ex contractu deſcendentem formare,ejuſq; velut partem cenſeri διὰ τὴν συνέχειαν,& propter laxam benignamque horum contractuum naturam. Itaque quod dicitur in contractu aut initio contractus fieri, neceſſe non eſt ſic præciſe accipi, ut excludatur id, quod in continenti nullo

nullo alio actu interveniente subsequitur, & demum quasi serio negotium bonæ fidei concludit. Nam & alias, quod statim perfecto negotio interponitur, veluti tutoris auctoritas. *l. si quis*. 25. §. *jussum*. 4. *ff. de acq. her.* in ipso negotio interpositum dicitur. *l. obligari*. 9. §. *tutor*. 5. *ff. de auct. tut.* eo quod συνεχῶς, continenter, & quasi calente adhuc negotio subsequitur, & sic etiam in solutione sive in re præsenti constituere dicitur, in quam causam solutum velit, qui statim atque solutum est, constituit. *l.* 1. *in fin. ff. de solut.* Neque huic interpretationi refragantur hæc verba Ulpiani in *d. l.* 7. §. *quinimo. ff. hoc tit. ea pacta insunt, quæ legem contractui dant; id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.* Nam particula, *id est*, hoc loco non est ὁριστική, sed παραδειγματική, non definit, sed declarat, quemadmodum passim exemplis deservire solet, uti observare licet in *l. si ex causa*. 9. *in fin. pr. ff. de minorib. l.* 8. *ff. de vulg. & pupill. subst. l.* 3. §. *cæterum*. 12. *ff. de acq. poss.* sexcentisque aliis locis, adeoque iterum in eadem illa *l.* 7. §. *pactorum*. 8. ibi, *id est, ne a L. Titio petam.* Perinde igitur verba ista accipienda sunt, ac si scriptum esset, *ea pacta insunt, quæ legem contractui dant, veluti quæ in ingressu contractus facta sunt.* Pacta quoque stipulationi in continenti subjecta stipulationi inesse responsum est. *l. lecta*. 40. *ff. de reb. cred.* sed nimirum, quod locus iste solummodo probat, ex parte rei: ex parte vero actoris in stipulationibus, quarum stricta est natura, tantundem dicere non ausim. Sed de eo postea ex professo.

CAP. X.

An pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonæ fidei judiciis?

1. *Argumenta, quibus ostenditur pacta, licet in continenti facta, non inesse strictis judiciis ex parte actoris.*
2. *Removetur objectio quædam ex* l. 1. §. quod vulgo. 25. de vi & de vi arm.
3. *Nullum locum in jure nostro occurrere, quo probari possit pactum mutuo aut stipulationi in continenti appositum actionem parere.*
4. *Cur usuræ in bonæ fidei judiciis ex pacto statim apposito debeantur, creditæ pecuniæ non item.*
5. *Confutatio argumentorum, quibus plerique probare conantur pacta mutuo adjecta prodesse creditori ad actionem.*
6. *Respondetur ad argumentum ductum ex* l. traditionibus. 48. hoc tit.
7. *Non recte ex* l. venditor. 13. comm. præd. *colligi, pacta ex continenti facta stipulationi inesse a parte stipulatioris.*
8. *Explicatur* l. petens. 27. C. hoc tit.
9. *Sententia* l. 4. §. ult. ff. hoc tit. & l. si ita quis. 135. §. 2. de verb. obl.
10. *Interpretatio* l. lecta. 40. de reb. cred.
11. *Omnis oratio, quantumvis generalis, de his tantum accipienda, de quibus actum est.*
12. *Conclusio & summa præcedentis disputationis.*

QUÆSTIO est agitata in Academiis, an quę pacta in continenti subjiciantur contractibus stricti juris, ea perinde contractum, cui apponuntur, forment, prosintque actori ad actionem, ut ea, quæ in continenti adjiciuntur contractibus bonæ fidei? Mihi

Mihi verior semper visa est sententia negantium, quam & amplexi sunt *Cujac.* & *Bus. ad l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit. Alciat.* & *Donell. ad l. in bonæ. 13. C. eod.* & novissime duo eximii Jurisconsulti *Diod. Tuldenus.* & *Ant. Perezius in tit. Cod. eod.* nec non *Henr. Zoes. ad Pand. eod. n. 61.* & *seqq.*

1. Etenim persuadere mihi non possum frustra esse, quod veteres, cum pro regula tradunt, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim addunt, in bonæ fidei judicis. *d. l. 7. §. quinimo. l. in bonæ. 13. C. eod.* Quorsum enim hæc adjectio, *in bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus in strictis judiciis non idem juris esse? Non licet hic dicere Jurisconsultum in *d. l. 7. §. quinimo. 5.* & *seq.* exempli duntaxat causa mentionem facere judiciorum bonæ fidei, non quia aliud juris sit in judiciis strictis: quoniam cum variis exemplis rem illustret, nullum tamen profert, nisi judiciorum bonæ fidei. Sic cum dicitur, ut bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi. *l. mora. 32. §. 2. ff. de usur.* hoc significari constat, deberi in hisce judiciis tantum; non etiam in judiciis stricti juris: quippe in quibus non debentur, nisi in stipulationem deductæ. *l. Titius. 24. ff. de præscr. verb. l. 3. C. de usur.* Similiter cum dicunt Consulti exceptiones pacti & doli inesse bonæ fidei judiciis. *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed* & *si. 21. in fin. ff. sol. matr.* Hoc eos dicere intelligimus, in his solum inesse, in strictis non item: quoniam in strictis exceptiones non veniunt, nisi nominatim contestatæ. *l. siquidem. 9. l. ult. C. de except.* Denique supervacuum & ineptum esset de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur.

2. Plane non nego interdum de certis rebus nominatim aliquid pronuntiari, quod tamen tanquam παραδειγματικῶς prolatum, etiam de rebus aliis accipi oporteat: veluti quod vulgo dici. Jurisconsultus in *l. 1. §. quod vulgo. 25. ff. de vi* & *de vi arm.* scribit, saltuum hibernorum æstivorumque retinere nos animo possessionem. Id enim ait exempli tantum causa Proculum dixisse: cæterum idem esse in prædiis omnibus, ex quibus non hac mente recedimus, ut possessionem omittamus. Sed quod hæc definitio concepta sit de saltibus hibernis & æstivis, hoc eam rationem habet, quia eos certis temporibus relinquere solemus. *l. 3. §. saltus. 11. ff. de acq. poss.* quod in aliis prædiis ita fieri non solet. Eadem tamen omnium ratio est, quod attinet ad possessionem animo retinendam: cum judiciorum bonæ fidei & stricti juris in re proposita ratio longe sit diversa.

3. Postremo nullus in libris nostris locus occurrit, quo probari possit, pactum mutuo aut stipulationi quantumvis in continenti appositum, actionem parere, contractibus istis legem dare, actionemve eorum formare, ita his inesse, ut ex eo aut ex contractu, cui apponitur, agi possit ad id, quod pacto comprehensum est, augere aut extendere verborum aut pucuniæ creditæ obligationem. Proponamus me stipulatum esse fundum dari, & deinde convenisse in continenti, ut ad fundum accederet familia rustica aut boves aratorii; nam pactum stipulationi apponi non potest, nisi post responsionem; cum id quod verbis ipsis continetur, pars sit stipulationis, Ajo familiam rusticam bovesve aratorios neque ex pacto neque ex stipulatu peti posse; ut ut pactum factum sit statim & subjectum stipulationi. Ratio est, quia natura stipulationis hæc est, ut, quoniam verbis, non solo consensu fit, pro omisso habeatur, quidquid palam verbis non est expressum. *l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig.* Similiter si tibi centem dedero mutuo, & in dando hanc legem adjecerim, ut præter centum

mihi

mihi redderes & alia quinque: nihil agitur hoc pacto. Dices hoc pactum ideo non valere, quia re obligatio contrahi non potest ultra quam datum est. *l. si tibi.* 17. *pr. ff. hoc tit.*

4. Sed cur pacto in continenti adjecto non idem hic efficitur, quod interposita stipulatione? Usuræ in bonæ fidei judiciis etiam ex pacto statim apposito debentur. *l. cum quidam.* 17. §. *ex locato.* 4. *ff. de usur. l.* 5. *C. de pact. int. empt.* creditæ pecuniæ non item. *l.* 3. *C. de usur.* Cur tam varie? An quia usuræ odiosæ? At hac ratione efficeretur, ut ne in bonæ fidei quidem judiciis usuræ ex pacto peti possent, per *l. quod si locus.* 11. *ff. de religios. l.* 7. *ff. de serv. export.* & quid si convenerit, ut usuræ unciæ duntaxat, aut sextantes præstentur? Denique non a favore vel odio, sed ex eo, quod pacta vel insunt, vel non insunt, quæstionis hujus decisio petendæ: fieri enim non potest, quin ubi pactum contractui inest, partemque ejus constituit, ex ratione juris actio quoque ex eo contractu ad petendum, quod pacto comprehensum est, competat. Non alia igitur hic quærenda ratio, quam quæ a Paulo redditur *lib.* 2. *sent.* 14. scilicet quia ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur. Quibus verbis manifeste significat, nulla pacta mutuo adjecta inesse ex parte actoris, eive prodesse ad actionem, utpote quæ in partem hujus contractus transire nequeant; & ideo effectu manere nuda. Contractuum vero bonæ fidei alia ratio est, & eorum maxime, qui solo consensu perficiuntur: nam ut hi contractus solo consensu constant, ita & omnem consensum, tanquam naturæ suæ convenientem admittunt: ac de his potissimum hic agi exempla declarant. Occurrunt quidem & exempla pactorum, quæ in contractibus bonæ fidei, qui re perficiuntur, interposita & ipsa his contractibus insint; cæterum præter exemplum de usuris in deposito irregulari. *l. Lucius.* 24. *ff. depos.* non alia, quam quæ circa præstationes horum contractuum fiunt; veluti ut in deposito culpa quoque præstetur, ut in commodato aut pignore dolus duntaxat, aut præter dolum & culpam etiam casus fortuitus. *l.* 1. §. *si convenit.* 6. *ff. depos. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. *C. eod. l. quæ fortuitis.* 6. *C. de pign. act.* cujusmodi tamen pactis locus esse non potest in mutuo. Argumentorum, quibus hæc sententia oppugnatur, & contraria adstruitur, magna est copia, cæterum vix unum & alterum, quod stringat. Congessit ea Joh. Gœddæus *tract. de contr. & commit. stipul. c.* 8. *concl.* 2. ubi magno molimine conatur probare etiam in contractibus strictis pacta ex continenti facta inesse a parte actoris, actionemque verbi causa ex stipulatu aut condictionem certi formare: quæ & DD. communis est opinio, probata quoque Hotomanno *illustr. quæst.* 36. & 1. *amicab. resp. c.* 31. Duareno & Ant Fabro in *l.* 7. §. *quinimo.* 5. *ff. hoc tit.*

5. Primum videbimus, an ita se res habeat in mutuo. Affertur hic pro firmamento istius assertionis textus in *l.* 3. *ff. de reb. cred.* ubi Pomponius ait, in mutuo etsi cautum non sit, ut æque bonum reddatur, tamen non licere debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere. Ex quo colligunt, si hoc cautum sit & tale pactum mutuo adjectum, id ex parte creditoris inesse, eique prodesse ad actionem. Ridicule. Nihil enim illa cautio addit mutuo: quippe cum ut res eadem bonitate reddatur, qua data est, naturæ ipsius mutui insit citra ullam aliam conventionem, ut ipse Pomponius hoc explicat. Gœddæus posse mutuum contrahi cum pacto depositi, idque probari existimat per *l. quod si.* 10. *ff. de reb. cred.* ubi tamen inversus casus proponitur, nempe pecuniæ depositæ sub lege mutui, ut liceret depositario, si velit, ea uti. Sed ponamus me tibi centum mutuo dedisse ea lege adjecta, ut si non utaris, sint apud te

te depoſita; nihil hoc ad præſentem diſputationem pertinet: nam ex hujuſmodi pacto non novam induit mutuum qualitatem, non formatur actio, non extenditur obligatio pecuniæ creditæ, nec ob id agi poteſt ex mutuo, ut vel utatur debitor pecunia, vel eam habeat apud ſe depoſitam: ſed ſi, quod ei liberum, utatur, mutuum erit, ſi non utatur, depoſitum. Non majoris ponderis eſt argumentum petitum ex *l. aut mutua.* 6. *ff. de eo quod cert. loc.* poſſe nimirum me pecuniam mutuo dare ea lege, ut ſolvatur certo loco: nam hoc pacto non extenditur actio, ſed potius reſtringitur, & hoc efficitur, ut ne debitor poſſit alibi conveniri. Utique non ea eſt hujus pactionis vis, ut quis actione aliqua compelli poſſit ad ſolutionem illo loco faciendam.

6. At enim generaliter, ajunt, definitum eſt, in traditionibus rerum, quodcunque pactum ſit, id valere. *l. in traditionibus.* 48. *hoc tit.* Ergo valet, inquiunt, & pactum quodvis adjectum mutuo. Reſpondeo cum Bachovio, id non aliter procedere, quam ſi datio & traditio ſit irrevocabilis; cujuſmodi eſt in iis, quæ conſtituunt contractum innominatum. Cum enim rem meam in alium pleno jure transfero, æquiſſimum eſt, ut rem accipienti eam, quam velim, legem dicam, eaque firme cuſtodiatur. Deinde procedere hoc in dationibus & factis informibus, & quibus ipſa pacta adjecta dant formam: quod item accidit in contractibus innominatis, quia a pacto dationi adjecto formam accipiunt. Male itaque dicta regula applicatur pactis, quæ apponuntur contractibus formam certam a jure habentibus, & præterea dationem traditionemve revocabilem, aut talem utique, pro qua aliud æquivalens præſtetur; quibus ut pacta quævis utiliter apponi admittamus, ratio juris civilis non patitur. Finge mutuum mihi hac lege datum eſſe, ut curem negotia creditoris, ut tabulam ei pingam, ut pro eo Romam eam, non exiſtimo his pactis me firmiter obſtringi; maxime cum mutuum natura ſua ſit gratuitum, & hujuſmodi pacta in fraudem legum de uſuris fieri poſſint. Nec dubito, quin falſa ſit ſententia Ant. Fabri in *l.* 7. §. *quinimo.* 5. *ff. hoc tit.* affirmantis omnibus hiſce caſibus actionem præſcriptis verbis competere, quaſi ex contractu do ut facias. Nam ubi pecunia non ita mihi datur, ut mea perpetuo maneat, ibi dici non poteſt eſſe contractum do ut facias. Si commodato talem legem adjecero, ut commodatarius tabulam mihi pingeret, numquid ridiculum eſſet, mihi ex tali pacto actionem concedi? Denique tota hæc diſputatio eſt de pactis actionem ipſius contractus, cui apponuntur, formantibus & extendentibus, eamque ipſam porrigentibus etiam ad id, quod pacto comprehenſum eſt.

7. Sed fortaſſis procedit iſta opinio in pactis adjectis ſtipulationi. Urgent hic Hotomannus & Gœddæus verba Ulpiani in *l. venditor.* 13. *ff. comm. præd. perſonæ poſſidentium per ſtipulationis vel venditionis legem obligantur.* quaſi his verbis id ſignificaret Juriſconſultus, obligari poſſidentes per pactionem ſtipulationi aut venditioni adjectam. Atqui ſpecies ipſa illic propoſita hanc interpretationem non patitur: nam unus tantum caſus proponitur de venditore fundi dante legem alii fundo, quem retinebat. Itaque quod ſubjicitur, poſſidentium perſonas obligari per ſtipulationis vel venditionis legem; id non eum ſenſum habet, quem Hotomannus & Gœddæus putant, ſed hunc, obligari eos per ſtipulationem vel pactionem venditioni adjectam, ſive per legem ſtipulatione vel pacto venditioni datam. Non enim pactio ſolum, ſed etiam ſtipulatio ſtatim contractui adjecta lex dicitur. *l. legem.* 9. *C. de donat. Cujac.* 8. *ad African. in l.* 24. *ff. de præſcr. verb.*

8. Mirifice autem ſententiam ſuam juvari putant reſcripto Imperatorum in *l. petens.*

tens. 26. *C. hoc tit.* nam illic ita scriptum est; *Petens ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta est, seu antecessit pactum, sive post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat.* Hic Hotomannus, quid aliud est, inquit, petentem ex stipulatione, quæ pactum antecessit, audiendum esse, nisi actionem ex stipulatione, cui pactum in continenti subjectum est, competere? Denique ad actionem procurandam nihil interesse, utrum ante, an post stipulatio facta sit. Sed non videtur Hotomannus satis pensiculate rescriptum illud examinasse. Verba ipsa ostendunt agi illic de eo casu, quo quid petitur ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta sit, sive de stipulatione facta pacti confirmandi gratia. Et hic ajunt Imperatores nihil referre, utrum pactum præcesserit, an post statim interpositum sit. Prima facie hæc inter se pugnare videntur: quomodo enim fieri potest, ut stipulatio sequatur pacti ejus servandi causa, quod ipsum demum post stipulationem interponatur? Et certum est eodem sensu ac ratione utrumque simul statui non posse: at diversis rationibus potest. Nam quæ stipulatio præcedit tempore vel scriptura, ea nihilominus recte dicitur sequi, nempe natura & intellectu, ut bene *Cujac.* 10. *obs.* 24. *Donell. ad hanc l.* 27. *C. de pact.* Quippe in concipiendo pacto & stipulatione, de quibus agitur, duplex ordo est; naturalis unus, quem sibi proponit mens & congitatio contrahentium; alter scripturæ, quo duo ista in instrumento scribuntur. Ordine naturæ stipulatio omnis, quæ adhibetur pacti servandi causa, semper sequitur: prius enim est, ut sit pactum, quam ut firmetur stipulatione. At scripturæ ordo inverti potest, ut incipiatur a stipulatione hoc modo; *Quæ infra scripta sunt, ea sibi dari fieri stipulatus est Publius Mævius, spopondit Lucius Titius. Quæ autem inter se pepigerunt, ea sunt, quæ sequuntur*, &c. Hoc vero cum sit, locus est huic rescripto. Et nimis igitur temere Hotomannus pronuntiat, ineptissime in hoc rescripto legi *secuta*, pro *facta*. Quod autem exigunt Imperatores, ut pactum statim post stipulationem interponatur, id non exigunt propter stipulationem, sed propter pacta, quæ sequuntur, ut sciatur, utrum ad præcedentem stipulationem pertineant, nec ne.

9. Adhæc non leve momentum ad sententiæ suæ confirmationem reperisse se existimant in *l.* 4. *§. ult. ff. hoc tit. & l. si ita quis.* 135. §. 2. *ff. de verb. obl.* Sed neque in his locis cur aliquid præsidii sibi positum putent, justam causam habent. Nam quod ad *d. l.* 4. §. *ult. ff. hoc tit.* attinet, sive casum ita formemus, ut ponamus stipulationem sortis & usurarum præcessisse, ac mox huic stipulationi pactum subjectum de non petenda sorte, donec usuræ solverentur: sive cum Accursio dicamus præcessisse conventionem, quam secuta sit stipulatio, in qua tamen præcedens conventio repetita videatur, juxta *l. Titia.* 134. §. 1. *ff. de verb. oblig.* neutrum efficit, quod volunt. Nam nec ulla hic quæstio est, an pacta detrahentia a parte rei insint, reoque ipso jure defensionem parent in continenti stipulationi adjecta, quale proponitur in *d. l.* 4. §. *ult.* sed an pacta adjicientia & augentia obligationem insint a parte actoris, eique prosint ad actionem: nec ille casus huc pertinet, cum non pactum stipulationi, sed stipulatio pacto subjicitur. Atque ob hanc eandem rationem frustra quoque sibi opem quærunt in responso Jurisconsulti in *d. l. si ita.* 135. §. 2. *ff. de verb. oblig.* quippe cum nec in specie illic proposita conventio pertineat ad obligationem acquirendam augendamve, sed duntaxat ad temperandam conditionem stipulationis; atque hanc solummodo vim habeat, ut non possit aut Titius hortos, aut Seja pecuniam ante diem petere.

10. Unus

10. Unus maxime locus sententiæ eorum opitulari videtur, nempe *l. lecta.* 40. *ff. de reb. cred.* Nam etsi Paulus illo loco non hoc dicit, pacta in continenti stipulationis facta ad actionem prodesse (nihil enim hoc ad quæstionem illic propositam pertineret, cum agat ille de eo pacto, quo pactus erat creditor, non ut peteret, sed contra ne peteret solidam sortem, quæ prius ex stipulatione debebatur, quod genus pacti ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest) tamen hoc etiam admittere nos oportet, Paulum, cum ait pacta in continenti adjecta stipulationi inesse, eo dicto nihil aliud significare, quam pacta in continenti facta ex stipulatione esse, esse partem stipulationis, denique stipulatione contineri; quod intelligetur ex quæstione illi proposita. Promissa erat sors tota Calendis cum usuris totius sortis. Pactum secutum est ex continenti ut sors non jam tota solveretur Calendis, sed particulatim constitutis certis pensionibus in singulos menses. De usuris quærebatur, an si tota sors ex conventione soluta non esset Calendis, nihilominus totius sortis usuræ deberentur. In hac quæstione ut efficiat Paulus totius sortis usuras non deberi, sed ejus tantum pensionis, quam solvi oportuit, propositum illi est ostendere superiore pacto recessum esse a stipulatione sortis, non per exceptionem, ut quidam putabant, sed ipso jure, quasi eo pacto renovata sit præcedens stipulatio, id est, quasi secundum hoc pactum stipulatio sortis ab initio fuerit concepta. Utitur hoc argumento, quod hoc pactum stipulationi inesse videatur. Ex quo intelligitur Paulum hoc dicere, pacta in continenti facta stipulatione contineri. Hoc autem si verum est, consequens est contra quam dicebamus, si quod pactum in continenti secutum est stipulationem, actionem eo nomine nasci ex stipulatione: quandoquidem ex stipulatu actio competit de iis rebus, quæ stipulatione continentur. De quo ut jam respondeam, non nego hoc ipsum significari a Paulo, si quis generalitatem dicti sequi velit, non mentem intueri & sententiam scriptoris: sed verbum generis restringendum est ad id, de quo illic est sermo, & dictum ita accipiendum, pacta, nempe talia, quale hoc est, de quo nunc agitur, id est, quæ fiunt de ea re, quæ in stipulationem deducta est, ea pacta si in continenti seu e vestigio sequantur stipulationem, stipulatione contineri videntur. Quo declarat per ea ita renovatam videri stipulationem, ac si in verba eorum a principio stipulatio esset concepta: id enim fieret, si ea stipulatione continerentur. Quod si pactum erit de alia re, quam quæ in stipulationem deducta est, haud dubie non continebitur illud stipulatione: nam quomodo contineri potest, quod verbis stipulationis non est comprehensum? *l. quidquid.* 99. *ff. de verb. obl.* Neque hæc inter se pugnant. Multum enim interest, utrum obligationi quid detrahas, ut in specie Paulo proposita factum est, an aliquid adjicias; & in re, quam adjicis, utrum conditio sit aut dies, aliave qualitas, an vero sit res & corpus novum, quod amplius promittas. Conditionem stipulationis mutare possumus manente stipulationis substantia, quæ ex re promissa constat, dummodo diversitas illico placuerit. *l.* 1. §. 3. *d. tit.* Novam autem stipulationem constituere aliam atque aliam rem promittendo sine verbis, id est, sine interrogatione & responsione non possumus.

11. Hæc interpretatio ex mente Pauli defendenda est, quia placet orationem omnem, quantumvis generalem de his tantum accipiendam esse, de quibus actum est, ut innumeris locis ostendi potest. *l. qui cum.* 9. §. *ult. ff. de transact. l. si de certa.* 31. *C. eod. l. de eo.* 12. §. 3. *ff. ad exhib. l. ingenuum.* 25. *ff. de stat. hom. l. si procurator.* 35. *ff. de acq. rer. dom.* §. *fratris.* 3. *Inst. de nupt.* Quidam putant pactum in superiore specie prodesse

 etiam

etiam creditori ad actionem, nimirum ad petendas pensiones singulas earumque sua die non solutarum usuras. Sed male. Nam creditor, qui totius sortis actionem ex stipulatione habuit, utique habuit & singularum partium actionem: itaque hanc ex pacto non desiderat. Neque potest pactum hic propositum per rerum naturam proficere creditori ad aliquid petendum: quomodo enim posset actio esse ex ea conventione, quæ non ad obligandum promissorem interposita est, sed ad liberandum; non ut quid detur, quod prius dari non debuit, sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur? Tantum quæstio erat, an pacto isto etiam a stipulatione usurarum recessum esset, solutio quoque usurarum dilata ac divisa. Si verba spectamus, non videtur; si vim ac potestatem, contra. Nam cum ita paciscendo sortis solutionem distulerit & diviserit creditor, consequens omnino est, ut etiam divisisse intelligatur solutionem usurarum.

14. Ut summatim dicam, quæcunque pacta fiunt de eadem re, quæ stipulatione comprehensa est, sive hæc detrahant aliquid de summa præcedente, sive detrahant stipulationi diem aut conditionem, sive hæc duo stipulationi adjiciant, omnia sunt hujusmodi, ut si in continenti, id est, statim & sine intervallo stipulationi subjiciantur, recte dicantur stipulationi inesse: atque his pactis ita renovatur ipso jure stipulatio, ut quod pacto detrahitur, perinde sit, quasi nec in stipulationem venisset, sive summa detrahatur, sive dies aut conditio: cum autem dies aut conditio adjicitur, ut perinde sit, ac si a principio hoc stipulatione comprehensum esset. Intelligi autem debet omnia hæc pacta esse hujusmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehensione stipulationis: nam & tunc, cum dies aut conditio adjicitur, revera aliquid detrahitur stipulationi, scilicet totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit; cum alioqui statim pecunia peti potuisset. Hoc intellecto recte dicemus pacta omnia stipulationi ipso jure detrahere; seu efficere, ut quod in his ex continenti factis stipulationi detrahitur, nec deductum in stipulationem videatur, detracto sine intervallo consensu, quamvis verbis manentibus. Quod si pacta obligationi adjicient, id est, de alia re præstanda facta erunt, quam de ea, quæ stipulatione continetur, hæc ita stipulationi inesse non possunt, ut his subjectis ex stipulatione agi possit. *arg. l. quidquid. 99. ff. de verb. obl.* Hæc ferme summa est eorum, quæ in hanc sententiam fuse disputantur a Donello in *d. l. lecta. 40. ff. de reb. cred. n. 23. & seqq. add. Cujac. in l. si ita. 135. ff. de verb. oblig.*

CAP. XI.

Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interposito cautum?

1. *Ex pacto in bonæ fidei contractu interposito non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cui appositum.*
2. *Refelluntur Baldus & Duarenus, qui etiam præscriptis verbis dari existimant.*
3. *Species* l. Labeo. 50. de contr. empt.
4. *Baldi & Duareni sententiam juvari* l. 6. de resc. vend. & l. 2. C. de pact. int. empt.
5. *Cur recipi nequeat eorum opinio, qui putant particulam* vel *in* d. l. 2. *esse correctoriam.*

6. *Ex pactis, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur, actionem & ex contractu dari, & præscriptis verbis.*
7. *Falsum esse ostenditur, quod quidam existimant non posse ex eodem negotio competer duplicem actionem, quarum una sit bonæ fidei, altera stricti juris.*
8. *Movetur difficultas ex* l. 4. de leg. commiss. & l. 16. de in diem addict.
9. *Bachovium, dum hinc se expedire conatur, subtilem agere.*
10. *Non pugnare* d. l. 4. & d. l. 16. *cum sententia tradita n. 6.*

1. QUÆ hic nostra sit sententia, ex iis, quæ superioribus capitibus disseruimus, facile intelligi potest. Diximus illa pacta duntaxat inesse quæ conveniunt naturæ contractus, quæve pertinent ad præstationes ejus & adminicula; atque hæc in continenti facta actionem bonæ fidei contractus formare, eamque extendere etiam ad petendum id, quod pacto cautum est. Et igitur hic ex contractu agitur, neque alia actio ex his pactis danda videtur, quam ejus contractus, cujus in continenti apposita sunt. Nam quod Baldus in *l. 7. §. quinimo. hoc tit. n.* 4. & Duarenus *ibid.* duas ex hujusmodi pactis actiones competere volunt, alteram informatam per pactum, quæ sit ipsius contractus; alteram præscriptis verbis, quæ nascatur immediate ex pacto, id mihi neutiquam probari potest.

2. Est enim constanter traditum, ubi actiones usitatæ & nominatæ competunt, non esse locum actioni præscriptis verbis, sed ad hanc demum decurri illis deficientibus. *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de præscr. verb.* Itaque si, verbi causa, tibi vendiderim partem insulæ, ut partem alteram conductam in aliquot annos haberes, aut insulam vendiderim, ut alteram reficeres, aut vendiderim prædium ita ut usuras, propter quas erat obligatum, penderem, cum ex omnibus his pactis actio sit ex vendito aut empto. *l. fundi. 79. ff. de contr. empt. l. 6. §. 1. ff. de act. empt. l. ex conventione. 11. C. hoc tit.* actio propria contractus, cui inserta sunt, præscriptis verbis ex his non dabitur, idemque de cæteris contractibus bonæ fidei, quorum in continenti pacta facta sunt, dicere licebit. Atque hoc certo quoque colligitur ex verbis Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo. 5. hoc tit.* Nam si pacta ex continenti interposita hactenus solum operantur, quatenus contractui insunt & formant actionem ex contractu descendentem, non poterit ex his competere actio præscriptis verbis: quippe cum eatenus nec insint, nec actionem forment: quatenus enim insunt, partem faciunt contractus, cui apponuntur. At actio præscriptis verbis est actio nova, quam producere non alia ratione hæc pacta possunt, quam quatenus & ipsa constituerent contractum innominatum, ut ipsi contractus formati pro dationibus & factis haberentur, quod absurdum est, eoque posito quævis etiam pacta utilia forent, quod itidem ineptum esse supra demonstravimus.

3. Nihil pro dissentientibus facit *l. Labeo. 56. ff. de contr. empt.* Nam ut recte Bachovius animadvertit, non agitur illic de pacto aliquo venditioni puræ adjecto, sed de venditione contracta sub conditione, quod etiam locus ipse satis ostendit. Proponitur bibliotheca vendita sub hac conditione, si decuriones Campani locum emptori vendidissent, in quo eam poneret. In hac specie si per decuriones Campanos non stet, quo minus conditio impleatur, Labeo actionem præscriptis verbis dat, ad id videlicet, ut emptor aut impleat conditionem, aut venditori præstet, quod ejus interest conditionem impleri. Ulpianus autem dat etiam ex vendito ad petendum pretium, tanquam purificata conditione, eo quod per emptorem stabat, quo minus impleretur.

4. Præcipue vero moti videntur Baldus & alii *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. l. 6. ff. de rescind. vend.* quarum in altera proponitur fundus hac lege venditus, ut venditori quandoque pretium referenti restitueretur; in altera, si res quæ venit, intra certum tempus displicuisset, redderetur; atque utroque casu conceditur vel actio ex empto, vel in factum præscriptis verbis.

5. Hic ergo probare non possum, quod a quibusdam respondetur ad *l. 2. C. de pact. int. empt.* particulam *vel* eo loco non disjungere, sed corrigere: nimirum verba hæc Imperatoris Alexandri, *actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*, non ita esse accipienda, quasi hic duas actiones Imperator concederet, quarum alterutra venditor pro arbitrio uti posset: sed posteriorem duntaxat ex vendito. Hoc pueri credant: viris autem id persuaderi posse non existimo. Apud Paulum Alexandri consiliarium in *d. l. 6. ff. de resc. vend.* converso modo scriptum est duas actiones ex pacto illic proposito & emptioni adjecto competere, ex empto, aut proximam empti in factum. Quid ergo hic respondebunt? Si quis dixerit particulam *aut* apud Paulum simili modo esse correctoriam, non διαζευκτικὴν, is solam admiserit actionem in factum præscriptis verbis, non ex empto: sin minus, fateatur utramque in specie Paulo proposita competere. Apud Pomponium ex sententia Celsi relatum est, si jusserim liberum hominem, qui bona fide mihi serviebat, aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præscriptis verbis experiri me posse. *l. is qui. 13. §. 2. comm.* Quod si hic particula *vel* corrigendi vim habet, præscriptis verbis duntaxat, non etiã mandati experiri potero.

6. Quid ergo dicimus? nimirum in prædictis locis proponi casus singulares, & pacta ejusmodi, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur; quod cum fit, apud veteres sit dubitatum, an etiam actio ex contractu danda esset: exempli causa, an etiam de eo pacto actio ex vendito danda, quod venditionis distrahendæ gratia appositum est, nam certo jure jam olim admissa hic fuit actio præscriptis verbis. *l. si vir uxori. 12. ff. de præscr. verb.* & placuit tandem etiam ex vendito agi posse, ita tamen, ut & altera adhuc manserit, atque in arbitrio paciscentis jam sit, utra in hujusmodi casibus experiri velit.

7. Quod vero quidam existimant ne his quidem casibus cum actione ex contractu concurrere posse actionem præscriptis verbis, neque fieri unquam posse, ut ex eodem negotio & actio, verbi causa, ex vendito detur, & actio præscriptis verbis, propterea quod illa bonæ fidei, hæc stricti juris sit, id ego falsum esse non dubito. Nihil enim impedit, quo minus ex causa emptionis, locationis, mandati, societatis, tutelæ, negotiorum gestorum utar condictione certi, quæ stricti juris est *l. 3. § 1. l. 9. pr. & § 3. ff. de reb. cred. l. in duobus. 28. §. exceptio. 4. ff. de jurejur.* quamvis etiam ex empto, locato, &c. agere possim. De commodato, deposito, pignore idem dicendum est. *l. 4. §. 1. & d. l. 9. § 3. ff. de reb. cred.* Et est extra pecuniam numeratam hic etiam locus condictioni triticiariæ. *l. 1. ff. de cond. tritic.* Nulla autem condictio proprie dicta, nempe qua aliquem nobis dare oportere intendimus, actio est bonæ fidei. Et quidni debitor soluto debito pignus condicere queat condictione sine causa? *l. 4. §. 1. ff. de reb. cred.* Sic in specie *l. 2. ff. de cond. sine caus.* locati actio cum condictione sine causa concurrit in *l. ex empto. 11. §. is qui vina. 6. ff. de act. empt.* actio ex empto cum eadem condictione sine causa.

8. Sed hic nobis occurritur ex *l. 4. ff. de leg. commiss. & l. Imperator. 16. ff. de in diem addict.* quibus & ipsis locis de iis pactis agitur, quæ spectant ad dissolutionem contractus,

ctus, cui applicantur; & tamen non alia actio illic conceditur, quam ejus contractus, in quo sunt interposita. Etsi autem hoc sententiam nostram juvat, quatenus defendimus ex pactis in continenti adjectis non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cujus in continenti facta sunt; tamen alia parte nobis adversatur, quatenus dicimus ex pactis resolutoriis, quæve tendunt ad contractus, cui apponuntur, rescissionem, utramque actionem competere, & præscriptis in factum verbis, & eam, quæ sit ex contractu. Hic.

Pauci, quos æquus amavit
Jupiter. &c.

expedire se potuerunt.

9. Bachovius Jurisconsultus subtilissimus, non tamen tam suæ sententiæ adstructor, quam destructor alienæ, existimat esse iterum aliquid singulare in casibus, qui referuntur *d. l. 16. ff. de in diem add. & d. l. 4. ff. de leg. commiss.* propter quod ex istis pactis, utut resolutoriis, una duntaxat actio, eaque ex contractu, cui sunt apposita, detur, non etiam præscriptis verbis: & nimirum ideo, quia actio præscriptis verbis non datur, nisi in id, quod interest impletum esse, de quo convenit: cui consequens sit, ubi potestate legis impletur, quod in conventionem deductum est, ibi cessare actionem præscriptis verbis; idque evenire in lege commissoria & addictione in diem, si pecunia sua die soluta non sit, aut melior sit allata conditio; utpote quibus casibus ipso jure, & sine ulla actione contractus resolvitur. *l. 1. l. 5. ff. de leg. commiss. l. 2 pr. l. 4. §. 3. l. 9. ff. de in diem addict.* Quod si porro quis objiciat, resoluto ipso jure contractu ne actioni quidem contractus locum esse posse, respondet hanc quidem rationem fuisse dubitandi, quasi dominio ipso jure ad venditorem reverso res vindicanda sit: obtinuisse tamen, ut actio contractus daretur; quia utique semel intercessit & intermedio tempore vere substitit: & maxime ob præstationes personales, quæ in judicium vindicationis commode venire non possunt.

10. Cæterum etsi hæc a viro ingenioso subtiliter disputantur; mihi tamen longe verisimilius esse videtur, quod veteres etiam in casibus *d. l. 4. ff. de leg. commiss. & d. l. Imperator. 16. ff. de in diem addict.* & similibus ad rescindendam venditionem pertinentibus, tantum admiserint actionem præscriptis verbis. Patet hoc ex *l. si vir uxori. 12. ff. de præscr. verb.* cujus responsi auctor est Proculus, vetus juris conditor. Neque difficilis est ad *d. l. 4. & ad d. l. 16.* responsio; nempe etsi quidam existimaverint, etiam ex vendito istis casibus agi posse, & secundum eos quæstio decisa sit rescriptis Imperatorum Antonini & Severi. *d. l. 4.* nihilominus tamen mansisse adhuc actionem præscriptis verbis, quæ certo jure jam antea dabatur. Atque hujus rei certissimum argumentum est, quod & Paulus in *d. l. 6. ff. de resc. vend.* & Alexander in *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* postquam jam diu quæstio decisa esset ab Antonino & Severo, utramque actionem nihilominus concesserint: ut existimare liceat non illud quæsitum fuisse, an prædictis casibus ex vendito tantum agi oporteret, sed an posset etiam agi ex vendito, cum certo jure agi posset præscriptis verbis. *consent. Don. in d. l. 2. C. de pact. int. empt. Zoes. ad Pand. hoc tit. n. 64.* Tota autem hæc & superiorum aliquot capitum disputatio hodie supervacua & plane inutilis est: nam cum hodiernis moribus pactorum omnium deliberato initorum non minor sit vis & efficacia, quam quæ stipulationis jure Romanorum fuit, consequens est, nec minorem eorum esse vim, quæ ex intervallo, quam eorum, quæ in continenti facta sunt; nec quicquam

referre

referre contractibus stricti juris, an bonæ fidei, sive ex continenti, sive ex intervallo apponantur: denique superfluum nunc esse quærere, qua actione petendum, quod pacto comprehensum est.

Cap. XII.

De pactis tacitis.

1. *Illata & invecta in prædium urbanum, pignori esse locatori, quasi id tacite convenerit; in rusticis prædiis contra observari, & quare.*
2. *Explicatio* l. 3. in quib. caus. pign. tac. contr. & l. 4. §. 1. eod.
3 *Sententiam Justiniani in* §. item Serviana. Inst. de actionib. *a Theophilo recte expressam.*
4. *Locus Ulpiani in* l. 14. §. 1. de relig. & sumpt. fun. *explanatur.*
5. *Non cohærere* §. 1. l. 7. in quib. caus. pign. tac. *cum* principio.
6. *Quid novi constituerit Justinianus* l. ult. C. in quib. caus. pign. tac.
7. *An ad obligationem illatorum in prædium rusticum sufficiat illata esse voluntate domini, cum examine* l. 5. C. de locat.
8. *An tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille inscio curatore in ædes conductas intulit.*
9. *An lex taciti pignoris locum habeat & in libris a studiosis importatis.*
10. *Qui chirographum debitori reddit, tacite pactus intelligitur, ne petat: & consequenter etiam pignus remisisse.*
11. *Pignoris redditi non eadem ratio, & quare.*
12. *Reddito pignore an & quando obligatio pignoris remissa videatur.*
13. *Quid juris si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus.*
14. *Refertur communis DD. sententia, asserentium etiam unius ex pluribus ejusdem debiti chirographis redditione censeri obligationem remissam, eorumque argumenta.*
15. *Refellitur hæc sententia, & argumentis a Bartolo adductis occurritur.*
16. *Respondetur plenissime ad singula argumenta prolata a Bachovio.*

SATIS jam contemplationibus Academicis indultum est: quæ porro sequuntur, ea non minus in foro, quam in scholis usum habent, & ubivis locorum etiam praxin exercentibus hodieque utilia sunt. In paciscendo nulla desideratur solennitas, sed sufficit quocunque modo paciscentes consentire vel expresse sermone, & tractatu inter præsentes habito, aut per epistolam nuntiumve inter absentes; vel tacite nullo tractatu habito. *l. 2. hoc tit.* Hinc nata pactorum hæc divisio, quod quædam sint expressa, quædam tacita. Pactum expressum est, quo aut verbis aut per epistolam nuntiumve voluntas paciscentium significatur: tacitum, cum nihil eorum intervenit: cujus eadem tamen vis est, quæ expressi. *l. 2. & 2. seqq. ff. hoc tit.* Tacita conventio sive consensus tacitus vel lege tantum præsumitur intervenisse, habetque locum etiam in iis, qui nihil tale cogitant; quomodo invecta & illata in prædium urbanum, nata in fundo, quasi ex tacito pacto pignori sunt locatori; quæ species tacitæ conventionis obligatoria est: vel re & facto aliquo consensus declaratur, veluti redditione chirographi aut instrumenti pignoris, &c. quod genus taciti pacti liberatorium est.

1. De

1. De priore in genere ita jus eſt, ut quæ in prædia urbana inducta & illata ſunt ab inquilinis, ea pignori ſint locatori, quaſi id tacite convenerit. *l.* 4. *ff. hoc tit. l.* 2. *l.* 4. *l.* 6. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* in prædiis ruſticis, ut dominus fundi locati in fructibus, qui ibi naſcuntur, tacitum pignus quaſi ex conventione habeat. *l. in prædiis.* 7. *ff. eod. tit. l.* 3. *C. eod.* illata autem & importata a colono non aliter pignoris jure teneantur, quam ſi id nominatim convenerit. *d. l.* 4. *ff. eod. l.* 5. *C. eod. l.* 5. *C. de locat.* §. 3. *Inſt. de interdict.* Hujus autem differentiæ ratio ſi quæratur, ea ſumenda eſt ex moribus populi Romani. Solebant enim in prædiis ruſticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta & illata. *l. ſi ſervus.* 61. §. *locavi.* 8. *ff. de furt.* Quod autem erat in more poſitum, ut alias ſæpe, in jus paulatim tranſiit, & pro dicto habitum, ſicubi dictum non eſſet, ut eleganter *Cujac. ad. d. l.* 4. *ff. hoc tit. add. Donell. c.* 4. *de pign. Bachov.* 1. *de pign.* 11. *Tulden. in Cod. in quib. cauſ. pign. tac. n.* 3. *Perez. ibid. n.* 2. & 7. *Garz. ad l.* 5. *C. de locat. Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 110. Ergo in iis, quæ colonus in fundum conductum invexit aut intulit, locator quaſi ex tacita conventione jus pignoris non habet; ſed ad hoc opus eſt conventione expreſſa.

2. Nec eſt contrarium, quod Ulpianus in *l.* 3. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* ex auctoritate Neratii reſpondet, etiam in invectis illatis in horreum conductum, vel diverſorium, vel aream tacitam de pignore conventionem locum habere. Loquitur enim Ulpianus de horreo ſeorſum conducto ad reponendas merces aut res alias, qualia quæ noſtratibus *Packhuyſen:* nam ſi fundus conductus ſit, horreum pars fundi intelligitur. *l. fundi.* 211. *ff. de verb. ſign.* Neque per aream intelligit agrum partemve fundi, ſed locum in oppido aut pago ædificiis vacuum, ſive planitiem, quæ circumſepta idonea ſit, ad cæmenta, lateres, calcem, trabes, aſſeres, & hujuſmodi alia reponenda & aſſervanda. Diverſoria autem & ſtabula, aliaque meritoria etiam in villis & vicis, teſte ipſo Neratio, in cauſa taciti pignoris, a prædiis urbanis non differunt. *d. l.* 4. §. 1. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. add. l. urbana.* 198. *ff. de verb. ſign.*

3. Quod autem Juſtinianus ſcribit §. *item Serviana.* 7. *Inſt. de action.* actione Serviana experiri locatorem de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercede fundi ei tenentur, id non hanc habet ſententiam, res omnes coloni pro mercede fundi locatori eſſe obligatas, ſed de his, quæ obligatæ ſunt, Servianam competere: Nam ut bene Mynſingerus, relativum *quæ* illic non demonſtrat, ſed diſtinguit. In paraphraſi Græca clare rem ſic expreſſit Theophilus, ἐμισθώσω παρ' ἐμοῦ τὸν ἀγρὸν, καὶ γέγονάς μοι κολῶνος, &c. εἰσήγαγες δὲ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ καὶ πράγματά τινα, οἷον ἵππους, βόας, &c. πακτεύσας· ὥστε μοι ταῦτα ὑποκεῖσθαι λόγῳ τοῦ μισθώματος. *Conduxiſti,* inquit, *a me fundum, & factus es mihi colonus,* &c. *Induxiſti autem in eum fundum & res quaſdam, veluti equos, boves,* &c. *pactus ut hæ mihi mercedis nomine obligarentur.*

4. Nonnihil autem negotii facit, quod apud Ulpianum ex Pomponio relatum eſt *l. etſi quis.* 14. §. 1. *de relig. & ſumpt. fun.* mortuo colono vel inquilino, ſi non ſit unde mortuus funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, & ſi quid ſuperfluum remanſerit, hoc pro debita penſione teneri. Non potes hic reſpondere cum Bachovio *lib.* 1. *de pign. c.* 11. *n.* 4. non eam eſſe Ulpiani ſententiam, quod invecta illata a colono vere pignori ſint obligata; ſed hanc, quod inſtar pignoris ſuperfluum pro debita penſione retineri poteſt, eodem nimirum ſenſu, quo alibi idem Juriſconſultus ait, poſſe venditorem, emptore pretium non offerente, quaſi pignus retinere rem, quam vendidit. *l. Julianus.* 13. §. *offerri.* 8. *de act. empt.* & Paulus *l. creditoris.* 15. §. *ult. ff. de furt.* commo-

datarium ob impensas in rem commodatam factas habere retentionem, quasi pignoris loco ea res sit. Etenim verba illa Ulpiani, *si quid superfluum remanserit, hoc pro debita portione tenetur*, non magis ad colonum, quam ad inquilinum pertinent, a quo illata & invecta constat pro mercede pignoris nexum subire. Deinde non alius retentionem rei habere potest, nisi qui & eam detineat; qui in proposito non est locator, sed heres conductoris, cui & cura funeris incumbit. Denique non dicit Ulpianus, posse superfluum quasi pignus retineri, sed superfluum pro debita pensione teneri, quo verbo significatur obligatio. *l. 6. l. 9 ff. in quib. caus. pign. tac. l. grege legato.* 13. *pr. ff. de pign.* & passim alibi. atque hoc innuit Jurisconsultus etiam tacito pignori impensam funeris præferri, utpote quæ omne creditum præcedere soleat, cum bona solvendo non sunt. *l. pen. ff. de relig. & sumpt. fun.* Rectius dixerimus ponendos esse terminos habiles, nempe eum in colono casum, quo de illatis, ut pignori essent, expressim, ut & assolet, *l. potior.* 11. §. 2. *ff. qui pot. in pign.* convenit.

5. Illud bene notat Bachovius, paragraphum primum *l. 7. ff. in quib. caus. pign. tac.* non cohærere cum principio: sed illic determinari, quænam ex illatis & invectis pro mercede ædium conductarum teneantur: idque magis placet, quam quod Perezius existimat, locum accipiendum esse de eo casu, quo expresse placuit illata quoque & invecta in fundum pignoris jure teneri.

6. Minime autem movere nos debet constitutio Justiniani in *l. ult. C. in quib. caus. pign. tac.* quippe qua constitutione tacita conventio de illatis & inductis non porrigitur ad illata inducta in prædium rusticum, sed jus taciti pignoris in invectis & illatis in prędium urbanum, quod antea quibusdam in locis duntaxat obtinebat, producitur ad omnes provincias. Itaque τὸ ἐν ἀρχῇ λαμβάνει, qui argumento hujus loci conetur probare non minus in prædiis rusticis, quam in urbanis legem de tacita hypotheca inductorum & invectorum habere locum.

7. Veterum interpretum sententia est, in urbanum quidem prædium illata indistincte pignori esse, etiamsi neque pactio intercesserit, neque sciverit locator illata esse: in rusticis autem prædiis, expressa quidem conventione opus non esse ad illatorum obligationem, cæterum ut ea pignoris nomine teneantur, sufficere si voluntate domini illata sint; quod nec ipsum exigatur in illatis in prædium urbanum. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l. certi juris.* 5. *C. de locat.* ibi, *quæ voluntate dominorum coloni induxerint*, &c. Sed cum novum non sit, ut voluntatis nomine adsignificetur expressa conventio, uti apud Marcianum in *l. Pomponius.* 5. §. 1. *ff. in quib. caus pign. tac.* & apud Justinianum *l. ult. C. de novat.* ubi voluntate, id est, expressa conventione dicitur fieri novatio; satius est ex mente auctorum juris, verba illa, *voluntate dominorum*, accipere pro pactione & conventione. Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini quid inferatur, nisi simul ut pignori illud sit, pactio aliqua inter dominum & colonum intercedat? Sed & voluntate domini illata sic recte accipi possunt, cum *Donell. de pign. c.* 4. si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui enim hanc legem locationi dat, vi ipsa & per consequentiam pacisci intelligitur, ut quæ ex pactione importabuntur, pignori nexa sint. Græci, πάντα ὅσα οἱ μισθωτοὶ εἰσάγουσιν εἰς τὸν οἶκον τοῦ μισθωθέντος αὐτοῖς ἀγροῦ, βουλομένου τοῦ δεσπότου, ὑπόκεινται ταῦτα ἐπὶ τῷ μισθώματι. ἐπὶ δὲ οἴκου μισθωθέντος, καὶ ἀγνοοῦντος τοῦ δεσπότου εἴ τινα εἰσενεχθῶσιν, ὑπόκεινται. i. e. *Quæcunque coloni domino volente in domum locati fundi inferunt, ea pignoris jure pro mercede tenentur: quæ vero in ædes*

con-

conductas inferuntur, ea pignori sunt, etiamsi importata sint domino ignorante, in eandem: ut videtur, sententiam. Cæterum superior DD. opinio in praxi prævalere dicitur, & proinde juxta illam DD. opinionem, & juxta usum fori, vaccæ, boves, oves, cæteręque pecudes, quæ pascuntur in agris & pascuis conductis, pignori sunt locatori, si sciente illo fuerint immissæ.

8. Porro ex iis, quæ sunt dicta supra, satis patet tacitum hoc pignus, quod locator habet in illatis invectis in prædium urbanum, non esse vere & proprie, aut totum legale, seu quod ab ipsa lege constituitur; sed esse ex tacita conventione, quam lex præsumit ex facto illationis. Unde quæsitum est, an tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille sine curatoris consensu in ædes conductas intulit. Et siquidem hoc esset pignus mere legale, id est, si citra ullam conventionem de pignore sola potestate legis induceretur, nullum hic esset privilegium minoris; quia lex operatur sine respectu personarum: unde bona minoris cum fisco contrahentis, *l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut.* item uxorem ducentis obligantur: quia istæ hypothecæ sunt pure legales, ut recte *Gloss. & Cyn. in l. ult. C. de leg tut.* (quanquam hic dissentit Costalius in *l. 4. ff. h. t.* falso asseverans Bartolum sibi in hac re assentire in *d. l.* 4. & in *l. si constante. 24. ff. solut. matr.*) Sed quoniam hypotheca, de qua agimus, non tota legalis est, sed magis conventionalis, nascens ex præsumptione tacitæ conventionis, ut apparet ex *d. l. 4 ff. h. t. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. l. 3. l. ult. C. eod.* dixerim res a minore illatas sine curatoris auctoritate non teneri: quoniam minor jus oppignerandi non habet. Ita *Costal post DD. comm. in d. l. 4 ff. hoc tit. & in d. l. si constante. 24. ff. solut. matr. Sichard. ad l. 5. C. de locat. n. 11. Bachov. 1. de pign. 11.* diss. *Neguss. p. 2. membr. 4. n. 54. & ibi alleg. Treutl. disput. de pignorib. thes. 4. Christin. vol. 3. decis. 110.*

9. Sed quid si studiosus (intellige, qui major sit 25. annis) cubiculum aut partem ædium conduxerit; an & libri, quos illo intulit, legem taciti pignoris sequentur? Et Schneidewinus post Jasonem & Zasium in §. *item Serviana. 7. Inst. de action. Bachov. lib. 1. de pign. c. 11.* negant sequi, idque duplici potissimum argumento. Primum petitum est a simili, quia, inquiunt, quemadmodum instrumenta rustica in fundum illata a colono obligata non sunt domino fundi, propterea quod iis fundus colitur. *l. 7. l. 8. C. quæ res pign. oblig.* ita nec libri studiosorum in Museum conductum illati domino ædium jus pignoris tribuere debent, quia iis mens colitur. Alterum sumptum est a natura hypothecæ generalis, qua non continentur ea, quæ verisimile est quemquam specialiter obligaturum fuisse. *l. 6. §. 2. & seqq. ff. de pign.* At generalis, inquiunt, hypothecæ naturam sequitur hypotheca illatorum; nec verisimile est studiosum libros suos specialiter obligaturum fuisse. Sed tamen praxis apud nos, & in omnibus fere Academiis est in contrarium. Nec obstant rationes allatæ. Non enim ideo instrumenta rustica in fundum illata a nexu taciti pignoris libera sunt, quia iis fundus colitur; sed quia nec in aliis a colono illatis inductisve jus pignoris citra conventionem habere locatorem placet; utpote cui satis cautum fructibus, qui in fundo nascuntur. Nec valet etiam ratio, quam afferunt ex *l. 6. ff. de pign.* Nam studiosi supellex pene omnis est in libris posita, ut verisimile non sit studiosum tacite ex tacito suppellectilis pignore voluisse excipere supellectilem librariam, præter quam vix aliam habet. Nemo autem negat etiam in iis, quæ a studioso illata sunt, tacitum pignus esse. Sed nec procedit argumentum a pignore generali ad pignus illatorum & invectorum: siquidem inter invecta & illata suppellex quoque contineri intelligitur. *l. in præ-*

diis.7.§.1.ff.in quib.cauſ. pign. tac. contra quam in pignore generali. *d. l. 6. ff. de pign. Per. in Cod. tit. in quib. cauſ. pign. tac.* Sed nimis longe digredimur. Alterum genus pacti taciti erat, cum ipſi paciſcentes facto aliquo conſenſum declarant.

10. Hujus generis exemplum elegans eſt, ſi creditor debitori chirographum reddiderit: tacite enim pactus videtur, ne petat, & debitum remiſiſſe. *l. 2.§.1.ff. hoc tit. fac. l. 3. §. 1.ff. de lib. leg. l. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3.* Et conſequenter etiam pignus, ſi quod intervenerit, hic remiſſum intelligi debet. *arg. l. in omnibus. 43. ff. de ſolut. l. 7. C. de remiſſ. pign.* ſicut & cum expreſſe paciſcor, ne debitum petam, pignoris obligatio per exceptionem tollitur; quæ ſententia eſt *l. ſi tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit.* ut adeo hoc quoque ſit exemplum taciti pacti, quo pignus remittitur. Nec obſtat *l. ſi chirograph. 24. ff. de probat.* quoniam ex cancellatione chirographi non oritur exceptio taciti pacti, ſed præſumptio ſolutionis: contra quam tamen probationes manifeſtæ audiuntur: ſicut procul dubio creditor quoque audiendus erit, paratus probare ſe ob aliam cauſam chirographum reddidiſſe. 11. Pignoris redditi non eadem ratio. *l. 3. ff. hoc. tit.* quippe chirographo ipſa principalis obligatio continetur. *l. ſervum filii. 44. §. eum qui. 5. ff. de legat. 1. l. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3. l. 1. C. de donat.* At obligatio pignoris a debito principali ſeparata eſt, atque hujus quædam παρενθήκη ſeu acceſſio duntaxat: *nov. 4. l. in omnibus. 43. de ſol.* ut præſumi non debeat eum, qui pignus tantum reddidit, cogitaſſe ſimul de remittendo ipſo debito.

12. Simili ratione conventio fidejuſſoris non continuo prodeſt reo. *l. 23. hoc tit.* quamvis rei conventio etiam fidejuſſori proſit. *l. 21. eod. in fin. Cujac. ad d. l. 2. eod.* Plane reddito pignore quin pignoris obligatio remiſſa intelligi debeat, nullus dubito. *arg. l. 1. §. 1. ff. de lib. leg.* Cæterum ita hic diſtinguendum arbitror: Si inſtrumentum, quo pignoris obligatio conſcripta & conſtituta eſt, redditum ſit, obligatio pignoris omnino remiſſa cenſeri debet, per *d. l. 7. C. de remiſſ. pign.* At ſi creditor ipſam rem pugneratam, quam poſſidebat, reddat debitori, hic refert, ultro & ſimpliciter reddat, nec dicat, in quem finem; an reddat debitori petenti ad certum uſum. Priore caſu videtur eo animo reddidiſſe, ut vinculum pignoris remitteret: nam vox reddendi ſignificationem retro dandi habet, ut eo loco res ſit, quo prius fuit. *l. verbum. 94. ff. de verb. ſign.* atque in dubio cenſetur ultro & ſimpliciter reddidiſſe. *fac. l. cum de cauſa. 9. C. de remiſſ. pign.* Poſteriore caſu, ubi conſtat creditorem debitori petenti reddidiſſe rem pigneratam in aliquem uſum, non intelligitur pignoris vinculum diſſolutum eſſe: ſiquidem pignus cum precario conceditur, remanet obligatum. *l. cum & ſortis. 35. §. 1. ff. de pign. act. l. qui pignoris. 36. ff. de acq. poſſ. Buſ. ad l. 2. ff. hoc tit. Bachov. ad hunc tit. in ſecunda diviſ. pact.* Illa igitur ratio, quæ vulgo affertur, quod ideo ex chirographi redditione tacitum de non petendo pactum colligatur, quia chirographi nullus uſus eſt: pignore autem reddito non item, quoniam eo debitor uti poteſt, etſi momentum aliquod habet, non eſt tamen adæquata.

13. Quid ſi inſtrumento, quod redditum eſt, alius quoque ſit obligatus? Puto ſoli ei, cui redditum eſt, ex tacito pacto acquiri exceptionem: nam neque cum altero quicquam actum eſt, neque is, cui redditum, quicquam nomine ejus egit, & ut egiſſet, tamen alteri paciſcendo exceptionem quærere non potuit. *l. ſi tibi. 17. §. 4. ff. hoc tit. l. ſtipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* utique ſi nihil paciſcentis interſit alterius quoque obligationem diſſolvi. *l. & heredi. 21. §. ult. l. fidejuſſoris. 23. h. t.* nec excipimus duos debendi reos, niſi & ſocii ſint. Bartolus eo amplius exiſtimat ei, cui inſtrumentum red-

ditum

ditum est, etiam donatam intelligi actiones adversus alterum, eumque procuratorem constitutum in rem suam. At enim cum donatio non facile præsumatur, nisi cum alia quacunque conjectura deficiamur, aut alias actus inutilis foret (quod in proposita specie non accidit) non immerito hæc sententia aliis displicuit. Æquius enim & benignius est hoc factum sic interpretari, ut is, cui obligatio reddita est, censeatur pro sua quidem parte liberatus, pro parte vero altera exigendi tantum nominis gratia procurator a creditore constitutus. *Duarenus & Bus. ad d. l. 2. ff. hoc tit. Menoch. lib. 3. præsumpt. 143. Antonius Faber Cod. forens. definit. 6. Abbas Panormitan. in cap. Ecclesia. ut lit. pend.* ubi tamen prudenter monet in hac quæstione recurrendum esse ad conjecturas pro varietate circumstantiarum. Est enim hæc quæstio facti potius, quam juris: & ideo non tam ad Jurisconsultum, qui nihil certi hic definire potest, pertinet, quam ad judicem, qui de facto cognoscit, & circumstantias in singulis causis examinat. Quid enim dicemus, si creditor sit admodum dives, debitor autem, cui cautio reddita, inops, eique arcta necessitudine conjunctus? Aut contra, quid si debitor forte miles sit, aut mulier, aut minor 25. annis? Bachovius 2. *divis. pact. n. 6.* etiam hoc ipsum absurdum esse contendit, quod dicimus in casu proposito mandatam videri adversus tertium nominis exactionem: sed non esse absurdum argumento est, quod traditio instrumenti sicut inducit probationem rei traditæ, ita & mandatarum actionum. *l. 1. C. de donat. l. Mævia. 49. ff. solut. matrim. l. serviunt filii. 44. §. 5. & 6. ff. de legat. 1.* Quid si ejusdem debiti plura sint apud eundem creditorem chirographa, an vel unius redditione censebitur obligatio remissa? Ajunt *Bart. Bald. Castr. Jas. in d. l. 2. hoc tit. Menoch. d. præs.* 140.

14. Moventur hac ratione, quia unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum per *l. 24. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur. arg. *d. l. 2. §. 1. hoc tit. l. 52. de leg. 3. l. 1. C. de don.* Atque hanc sententiam Bachovius *d. 2. div. pact. n. 7.* ex professo tuetur. Argumenta, quibus eam probare conatur, quinque fere affert. Primum petitum est ex *l. veteribus. 39. hoc tit,* ubi Papinianus ait, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, unde infert creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, cum contra eum sit præsumptio juris. Secundum argumentum est, quia humanior est sententia, quæ favet liberationi. Tertium, quia generalis est definitio *d. l. 2. §. 1. eod.* Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi in dubio intelligi potest, quam debiti remissio. Quintum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur.

15. Cæterum hanc sententiam improbant *Duar. Fort. Garz. Paul. Bus. in d. l. 2. §. 1.* excepto si id actum fuisse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint, aut legatæ debitori. Et sane rationes a Bartolo & aliis adductæ tales sunt, ut pro creditore retorqueri possint in debitorem, nec minus creditori quam debitori faveant. Nam ut alii pro debitore sic ratiocinantur; Unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum, verum est igitur redditum esse: ita contra debitorem pro creditore hoc telum retorqueri potest; Unum instrumentum est: atqui hoc a creditore retentum; igitur non est redditum. Sed nec illud simpliciter verum est, quod ajunt unum tantum esse instrumentum. Unus quidem est contractus, aut una obligatio; at plures tamen cautiones hic esse aut plura instrumenta dici possunt. Quod

si contraria sententia admittatur, magna occasio præbebitur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: quippe in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradatur creditori, alterum a debitore retineatur, ut si quando, ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse a creditore: atque ita fenestra aperietur fraudibus. Censent igitur Duar. Garz. & Busius, unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse probetur. Quod si id doceri non possit, potius actori, quam reo, juramentum deferendum, quo affirmet chirographum a se redditum non esse animo remittendæ obligationis: quibus & nos subscribimus: facitque huc bonus textus in *l. ult. de his quæ in test. del.*

16. Superest, ut respondeamus argumentis Bachovii. Ajo igitur, quod in *l. veteribus.* 39. *hoc tit.* de interpretatione pacti obscuri aut ambigui traditum est, non esse temere trahendum de ea pacta, quæ tacite ex facto aliquo colliguntur, ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur etiam eo casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vel frivola causa excludere debet donationis præsumptionem, cum nemo facile præsumatur suum jactare aut effundere velle. *l. cum de indebito. pr. de probat. & ibi DD. Jas. in l.* 3. *hoc tit. Cyn. Bald. & DD. in l.* 3. *C. de non num. pec.* Idemque ad secundum argumentum responsum esto; nempe non usque eo liberationi indulgendum, præsertim ubi constat de præcedente obligatione, ut quis sine causa suum perdere voluisse præsumi debeat: donare enim, perdere est, *d. l. cum de indebito.* 25. *de probat. l.* 7. *pr. de donat.* Ad tertium, definitionem *d. l.* 2. § 1. restringendam esse ad eam speciem, ubi una duntaxat cautio exposita, & eadem reddita est. Ad quartum respondeo, cum creditor unum duntaxat e duobus ejusdem debiti chirographis, quæ habet, debitori reddit, non continuo credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alius hujus redditionis finis esse possit, qui potius præsumendus sit; nimirum ideo id factum esse, quia ex altero, quod retinuit, debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Et cur quæso si animum remittendi debiti creditor habet, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium, ut vulgo dicitur, non operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis.* 19. *de reb. cred.* Adde & hunc finem, ne videatur creditor utroque chirographo retento aliquid malitiose velle machinari adversus debitorem. Ad quintum, loqui nos de eo casu, cum quis unum e duobus chirographis reddit simpliciter, nec id se donare profitetur. Legare, est donare. *l.* 36. *de legat.* 2. §. 1. *Inst. eod.* Nec dubium est, quin quemadmodum donatis, sic etiam legatis tabulis, nomen ipsum seu debitum donatum legatumque intelligatur.

CAP. XIII.

De pactis in rem & in personam, deque eorum vi ac potestate.

1. *Quid sit pactum in rem, quid in personam.*
2. *Pacta in rem quibus prosint.*
3. *Species* l. 17. §. 4. hoc tit.
4. *Pacta in personam, non egrediuntur personam ejus, cui facta sunt.*

5. *Jure*

5. *Jure novissimo pactum rei, quantumvis personale, etiam fidejussori prodesse.*
6. *Unde æstimandum, utrum pactum in rem sit, an in personam.*

PRÆTEREA pactorum alia in rem sunt, alia in personam *l. 7. §. pactorum. 8. hoc tit.* quæ divisio ab effectu sumpta est. Sunt, qui ratione materiæ sic distingui pacta existimant: sed errore perspicuo labuntur: siquidem personæ non possunt esse objectum pactionis.

1. Pacta in rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam. In personam, quoties ne a persona petam, puta a L. Titio. *d. l. 7. §. pactorum.* Mos loquendi veterum juris auctorum est, ut quod generaliter & sine personæ designatione fit, id in rem fieri ab ipsis dicitur. Sic actiones exceptionesque in rem scriptas, interdicta in rem concepta, nuntiationem operis novi in rem fieri legimus *l. metum. 9. §. ult. quod met. caus. l. 2. §. 1. l. 4. §. pen. de dol. mal. exc. l. 1. §. pen. de interdict. l. operis. 10. de op. nov. nunt.* Cum igitur quis generaliter paciscitur, ne petat, nec personam nominat, a qua petiturus non sit, in rem pactum dicitur conceptum esse. In personam vero, cum exprimitur certa persona. Nec inutilis est hujus dictionis cognitio. Nam quæ pacta in rem concepta sunt, ea omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, paciscentis interest. *l. & heredi. §. ult. hoc tit.* 2. Itaque pactum reale debitoris proficit & fidejussori, quoties debitoris pecuniariter interest, ut fidejussori quoque prosit; scilicet quando fidejussor ejus nomine, quod pro reo solverit, mandati aut negotiorum gestorum actionem cum eo habet. Quibus autem casibus fidejussori adversus debitorem regressus non datur, veluti si donandi animo fidejusserit, aut pro invito & vetante, pactum rei fidejussori non prodest. *d. l. & heredi. §. ult. junct. l. quod dictum. 32. eod. l. si pro te. 40. mandat.* nempe quia rei nihil hic interest a fidejussore non peti. Eademque ratione nec pactum fidejussoris generale prodest reo principali, aut confidejussori, qui socius non est; scilicet quia nihil fidejussoris principaliter interest, a quoquam eorum non peti, cum nullam adversus eum nomine ejus, quod solverint, actionem habeant. *l. fidejussoris. 23. hoc tit. l. 39. de fidejuss.* Prosunt porro pacta in rem & heredibus nostris. *l. tale pactum. 40. eod. l. si pactum. 9. de probat.* atque ut prosint, etiam nostra semper interesse intelligitur, crediturque unusquisque eo esse animo, ut non minus heredibus suis, quam sibi prospectum velit. *d. l. 9. de probat.*

3. Non obstat *lex 17. §. 4. hoc tit.* quoniam illic exemplum proponitur pacti personalis, si quis paciscatur, ne a se, neve a Titio petatur, & ratio Jurisconsulti eo tantum pertinet, ut significet ei, qui non ut heres adjectus est, etiamsi postea heres extiterit, tale pactum non prodesse, nec ex postfacto confirmari, quod ab initio in persona adjecti non constitit.

4. Pacta autem in personam concepta ejus, cui facta sunt, personam non egrediuntur. *l. idem in duobus. 25. §. 1. eod.* qua de causa nec heredibus prosunt. *d. l. 25. §. 1. d. l. 17. §. 3. & 4. eod.* nec fidejussori. *l. nisi hoc. 22. eod.* quanquam vix est, ut hoc procedat jure novissimo. Jure veteri creditor electionem habebat a reo vel a fidejussore petendi, poteratque hunc etiam ante illum convenire. *l. 5. l. si alienam. 19. C. de fidejuss.* neque hoc jus conveniendi fidejussorem omisso reo, pacto personali sibi adimebat.

5. At jure novo fieri non potest, quin pactum rei, licet personale, fidejussori quoque prosit. Nam cum hoc jure *Nov. 4. c. 1.* unde *auth. præsente. C. de fidejuss.* reum principalem prius conveniri atque excuti necesse sit, quam ad fidejussores veniatur, nec

ante

ante cum his efficaciter agi queat, quam si suum creditor a debitore consequi non possit; hoc beneficium ordinis & excussionis fidejussori jure publico datum, pactione debitoris ei auferri non potest. Itaque nunc etiam pacto personali cum debitore facto juvabitur fidejussor; nisi ipse beneficio suo ultro renuntiaverit, quod facere potest. *l. pen. C. de pact. Cujac. in d. l. & heredi. 21. hoc tit. Borcholt. de pact. c. 2. in tertia divis. n. 4. diss. Jul. Pac.*

6. Utrum autem pactum in rem sit, an in personam, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium æstimandum est: adeoque in dubio, quantumvis persona adjecta sit, in rem tamen esse præsumitur: quia plerumque persona pacto inseri solet, non ut pactum personale fiat, sed duntaxat ut demonstretur, cum quo pactum factum sit. *l. 7. §. pactorum. 8. hoc tit.*

Cap. XIV.

Qui cum quibus pacisci possunt.

1. *Furiosi nullum omnino negotium gerere possunt.*
2. *Ratum habetur, quod gestum ante furorem aut in furoris intermissione.*
3. *Mente captorum & ebriorum eadem, quæ furiosorum ratio.*
4. *Prodigi & furiosi dissimilitudo.*
5. *Quibus rebus dispar conditio prodigi & minoris 25. annis.*
6. *Ipsone jure prodigo bonis interdicatur, an decreto magistratus.*
7. *Quid per verba* ipso jure *in* l. 1. de cur. fur. *significet Jurisconsultus.*
8. *In his, quæ animo & affectu geruntur, infans vix distat a furioso.*
9. *Comparatio infantis & infantiæ proximi.*
10. *Comparatio infantiæ proximi & proximi pubertati.*
11. *Pupillum pubertati proximum ex conventione sua naturaliter obligari, etiamsi locupletior factus non sit.*
12. *Quo sensu nostri dicant, pupillum sine auctoritate tutoris contrahentem ne naturaliter quidem obligari.*
13. *Puberes minores 25. annis, curatorem habentes, sine consensu ejus, jure civili non obligantur.*
14. *Confutatio sententiæ contrariæ.*
15. *Exponitur* l. obligari. 43. de obl. & act.
16. *Consideratio auctoris circa* l. puberes. 101. de verb, oblig.

PACISCI possunt omnes, qui consentire & jure gentium se obligare possunt. Igitur & mutus *l. 4 § 1. hoc tit.* & surdus l. 48. *d. O. & A.* & deportatus *l. sunt quidam. 17. § 1. de pœn. l. 15. de interdict. & relig.* & filiusfam. ut sibi præjudicet. *l. & heredi. 21. §. 3. & 4. l. in persona. 30. hoc tit.* & servus ex persona sua, ut naturaliter obligetur & obliget *l. 14. de oblig. & act.* Removentur autem hinc furiosi, mente capti, ebrii, infantes.

1. Furiosum nullum negotium gerere aut contrahere posse natura manifestum est. *l. 1. §. furiosus. 12. de obl. & act. l. si a reo. 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* quia expers est voluntatis & mentis. *l. furios. 40. eod. tit. l. 2. C. de contr. empt.* est enim furor mentis ad omnia cæcitas. *Cic. 3. Tuscul.* unde furiosus per omnia & in omnibus absentis, quie-

quiescentis, dormientis & ignorantis loco habetur. *l.2.§.pen. de jur. codicill. l. ubi non voce.* 124. §. 1. *de reg. jur. l.* 1. §. 3. *de acq. poss. l.4. de divort. & repud.* quæ res etiam facit, ut nec accedente curatoris auctoritate ullum negotium recte gerat. *d.l.5. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quam curator dici possit, quod agitur aut geritur, probare.

2. Enim vero si furiosus dilucida habeat intervalla, quod gessit in intermissione furoris, id ratum habetur, nec ullum negotium antea recte gestum furore postea interveniente perimitur. §. 1. *Inst. quib. non est permiss. fac. test. l.9.C. qui test. fac. & ibi DD.*

3. Quod de furioso, μαινομένῳ, dicitur, id etiam pertinet ad mente captum, ἀνόητον seu dementem, qui furore non corripitur, sed in quiete est: quoniam non alia ratione in furioso obtinet, quam quia mente caret, nec intelligit, quod agit. §. *furiosus.* 8. *Inst. de inut. stipul.* Sed neque ebrius i.e. qui vino gravis & ob id sui est impos, hac in causa a furioso separandus. Nihil enim aliud est ebrietas, quam voluntaria insania: nec minor est furore, sed brevior, Senec. *epist.* 83. Platoni 1. *de leg.* non solum senex bis puer, verum etiam ebrius. Prodigum quoque proceres nostri furioso comparare solent; quasi non magis illius, quam hujus ulla voluntas sit. *d.l. furiosi.* 40. *de reg. jur. l.* 1. *de cur. furios.* Verum hæc similitudo claudicat, & locum tantum habet, cum de prodigo obligando agitur, cum quid de bonis suis vult deminuere, alienare, &c. quibus casibus furioso assimilatur, quia in his exitum furiosi facit. *l. his qui.* 12. *in fin. de tut. dat. ab his.*

4. In acquirendo autem dissimilitudo est: quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, aut ipse obligatione liberetur; quia nec mentem nec voluntatem habet. *l.* 1. §. *furiosus.* 12. *de obl. & act. l.5. de reg. jur.* At prodigus paciscendo, stipulando, aut aliter contrahendo sibi acquirere potest; licet promittendo non obligetur, non magis, quam furiosus. *l.* 4. *de verb. obl.* Itaque cum non de alienando, actionem remittendo, de se obligando, aliove modo conditionem suam deteriorem faciendo agitur; sed de acquirendo, de sibi paciscendo aut stipulando, aliave ratione conditionem suam meliorem faciendo, *l.3. de nov.* hic prodigus non cum furioso, sed cum pupillo pubertati proximo comparandus est. *l. certi condictio.* 9. §. 7. *de reb. cred.* aut cum pubere minore 25. annis curatorem habente. *l.3. C. de in int. rest. min.* quos constat etiam inconsultis tutoribus aut curatoribus alios sibi obligare posse, & conditionem suam quoquo modo facere meliorem. *pr. Inst. de auct. tut. l.* 11. *de acq. rer. dom.* Denique ut pupillus auctore tutore, pubes cum consensu curatoris omnia gerere potest. *l.* 5. *de reg. jur.* §. *pupillus.* 9. *Inst. de auct. tut.* Ita & prodigus accedente curatoris consensu. *arg. d. l. certi condictio.* 9. §. *sed & si.* 7. *de reb. cred. d.l.3. C. de in int. rest. min. l.5.* §. 1. *de acq. her.* ubi scriptum est, eum, cui bonis interdicitur, hereditatem sibi delatam adire posse: nempe cum consensu curatoris, ut recte *Gloss. & DD.* in hoc enim distat a furioso, quod solum significare voluit Jurisconsultus.

5. Plane in eo quoque a pubere minore 25. annis distat prodigus, quod pubes & testamentum facere potest, & ad testamentum testis adhiberi. *l.* 5. *qui test. fac.* §. 1. *Inst. de test. ord.* quorum neutrum concessum prodigo. *l. is cui lege.* 18. *d.t.* §. *testes.* 6. *Inst. eod.* §. 2. *Inst. quib. non est perm. fac. testam.* Quæri vulgo solet, prodigusne intelligendus sit, qui facto talis est, qualem describit Ulpianus *l.* 1. *de cur. furios.* an vero decretum

tum magistratus expectandum. Hoc est, an ipso jure & lege 12. tabularum dissolute & luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis esse sententia magistratus declaratus est. Dicendum est eum, qui moribus talis est, qualis in *d.l.*1. describitur, re vera quidem & ethice prodigum esse (nam vitia & virtutes non pendent a sententia & cognitione judicis, sed propriam naturam & formam habent) cæterum quod rerum administrationem attinet neminem ante politice & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea administratio causa cognita decreto magistratus ei adempta sit: cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paulum *lib.*3.*sent.*4. Nimirum bonorum administratione ademptio sive interdictio non juris, sed jurisdictionis est, hoc est, nemini speciatim bonorum administratione lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere. sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque, cui publice bonis interdictum est, jubet esse in curatione agnatorum. Ulpian.*tit.*12.§.2.*fac.*§.2.*Inst.quib.non est perm.fac.test.l.*6.*de curat.fur.*qui tamen & lege bonis interdici dicitur. *l. is cui.* 18. *qui test.fac.poss.l.*5.§.1.*de acq.her.* propterea quod lex id fieri jubet, & a lege curatorem accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius 2, *serm.* 3.

Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, & ad sanos redeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est: nam cum furor per se emineat, & vera sit mentis ac voluntatis privatio, ut furioso a magistratu bonis interdicatur, non requiritur. At vero an quis prodigus censeri debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris, & liberalem forte magis, quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat.

7. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus & cum frugalitate in gratiam reversus desinit ipso jure esse in curatione. *d.l.*1.*de cur.fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magistratus. Nimirum textus juris ita sunt explicandi, ut ne certæ rationi, aut principiis aliarum disciplinarum repugnent. Qui fieri possit, ut citra magistratus cognitionem & auctoritatem, is cui publice bonis interdictum est curatore dato, se liberet a curatione, & curator ipsi datus curam & administrationem rerum deponat? aut quis secure cum tali contrahere poterit? Neque enim aut ipsi prodigo, aut curatori ejus, aut aliis privatis hoc permitti debet, ut statuant & judicent, an morum redierit sanitas. Itaque dicam per verba *ipso jure* in *d.l.*1. non excludi sententiam declaratoriam; sed opponi quodammodo curam prodigi curæ minoris 25. annis, quæ certo & statuto tempore, anno sc. vigesimoquinto, finitur, secus atque illa prodigi, quæ finitur mutatis in melius moribus, cujus rei cognitio magistratui competere debet. *Gail.* 2. *obs.* 51. *Ant. Fab. Cod. suo forens. tit. de cur. fur. defin.* 7. *Tulden. Cod. eod. n.* 5. *Christin. vol.* 1. *decis.* 163. Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria, ejusque publicatio, teste *Grot.* 1. *manuduct.* 11. *add. Jod. Damhoud. c.* 8. *de tut. & cur. mun. n.* 26.

8. Infans quoque seu septennio minor, *l.* 1. § 2. *de adm. tut. l.* 14. *de sponsal. l.* 18. *C. de jur. delib.* in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioso distat; utpote qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contra-

hendo

bendo obligari, aut obligationem sibi acquirere, §. *pupillus*. 9. *Inst. de inut. stip.* Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis est, quam juris, suppleatur auctoritate tutoris. *l.* 1. §. 3. *l.* 32. §. *ult. de acq. poss. l.* 3. *C. eod.*

9. De proximo infantiæ quoque dicitur, nullum eum habere intellectum. *d.* §. *pupillus*. nihil scire aut discernere. *l.* 3. *de acq. her.* non intelligere, quod agitur. *l.* 1. §. *huic proximus*. 12. *de obl. & act. l.* 6. *rem pup. salv.* actum rei non intelligere. *l.* 5. *de reg. jur.* Cæterum cum in *d.* §. *pupillus*. aliisque omnibus istis locis proditum sit, eum qui infantiæ proximus est, & stipulari & promittere, & hereditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam eum, qui proximus sit pubertati quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda erit; quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine tutoris auctoritate incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti in *l. in sponsalibus*. 14. *de sponsal. l.* 1. §. 3. *de acq. poss.* Igitur infantiæ proximi idem juris habenr, quod proximi pubertati, nimirum ut paciscendo, stipulando, aut aliter contrahendo sibi prodesse & obligationem acquirere possint, & cum tutoris auctoritate omnia gerere.

10. Cæterum cum hoc illis benigniter præstitum dicatur, *l.* 1. §. *huic proximus*. 13. *de obl. & act. l.* 9. *de acq. her. l.* 6. *rem pup. salv.* sciendum est in aliis adhuc manere differentiam; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, seu adhuc consistat intra annum decimum & dimidium, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est proximus pubertati. *l. pupillum*. 111. *de reg. jur. l.* 5. §. *pen. ad leg. Aquil. l.* 3. §. 1. *de sepulc. viol. l. impuberem*. 23. *de furt. l. heredibus*. 13. §. 1. *de dol.* Et cum infantiæ proximus, quando remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso, tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo, quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex conventione sua vel contractu sine tutoris auctoritate inito obligetur naturaliter. Videamus autem, quid de hac quæstione statuendum sit.

11. Et posito eo, quod pupillus pubertati proximus intelligere potest, quod agitur, naturaque velle & consentire, consequens est omnino, ut etiam ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, quia ea ætate sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse satis ostendunt textus in *l.* 13. §. 1. *de dolo. l. pupillum*. 111. *de reg. jur. l.* 1. §. 3. *de acq. poss.* §. *pupillus*. 9. *Inst. de inut. stip.* in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur a proximo pubertati, quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat, ille doli expers sit, hic capax. Quod vero de impuberibus omnibus pronuntiatur, nullum esse eorum animi judicium. §. 1. *Inst. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte dicitur etiam de pubertati proximis: sed in re, de qua illic agitur, scilicet de dispositione testamentaria; in qua merito majus & solidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper pubertati proximum)

ſine tutoris auctoritate contrahentem, naturaliter obligari. *l. cum illud.* 25. §. 1. *quando dies leg. l. ſi pupillus.* 21. *ad leg. Falc. l. Stichum.* 95. §. 2. *de ſolut. l. in numerationibus.* 44. *eod. l. ſi ejus.* 64. *ad ſen. Treb.* Idem quoque arguunt effecta huic obligationi jure civili tributa; veluti quod fidejuſſor acceptus pro eo, quod pupillus promiſit, teneatur. *l. ſi pupillus.* 127. *de verb. obl.* quod præcedens obligatio pupillo eam in ſe ſuſcipiente citra tutoris auctoritatem novetur. *l.* 1. *in fin. de novat.* Unde etiam corruit diſtinctio eorum, qui eo demum caſu pupillum ſine tutore naturaliter ex conventione obligari ſtatuunt, cum locupletior factus eſt. Nemo enim ex ſola promiſſione ſua aut ſuſceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Hoc quidem intereſt, quod locupletior factus ne quidem ante Divum Pium ſolutum condicere potuit. *l. naturaliter.* 13. §. 1. & *l. ſeq. de condict. ind.* Puto etiam hoc caſu compenſationem pati debuiſſe. At divus Pius etiam actionem in eum dedit, in quantum locupletior factus eſt *l.* 5. *pr.* & §. 1. *de auct. tut.* ex quo tempore efficax & civilis quoque eſſe cœpit hæc pupilli obligatio. Quando autem locupletior factus non eſt, tunc & ſolutum repeti poteſt, & compenſationi locus non eſt. *d. l.* 13. §. 1. *l. quod pupillus.* 41. *de cond. ind.* non quod nulla vere hic ſubſit obligatio: ſed quod perſonæ pupilli hoc tributum, ne obligatio ei noceat.

12. Plane quoniam obligationis naturalis, quæ ex conventione oritur, effectus præcipuus conſiſtit in jure compenſandi & ſoluti retinendi *l.* 6. *de compenſ. l.* 10. *de obl. & act.* obligatio autem pupilli hunc effectum non habet, niſi quatenus locupletior factus eſt, inde fit, ut de pupillo ſine tutoris auctoritate contrahente ſic aliquando Juriſconſulti loquantur, quaſi ne natura quidem iſto modo obligaretur. *d. l.* 41. *de cond. ind. l. pupillus.* 59. *de obl. & act.* habita inquam ratione perſonæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem conſenſus obligationi vis omnis detracta eſt, quatenus ipſi nocere poſſit: non autem conſiderata conditione obligationis, tanquam nulla omnino ſubeſſet: alioqui ne acceſſiones quidem admitteret, aliiſve nocere aut prodeſſe poſſet. Multo magis ex conventione & promiſſione ſua jure naturæ obligantur puberes minores 25. annis: quippe qui ſi curatorem non habent, etiam jure civili ex contractu obligantur, ita ut læſis neceſſaria ſit in integrum reſtitutio. *l.* 3. *C. de in int. reſt. min.*

13. Quod ſi curatorem habeant, conſenſum ejus adhibere debent: alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio naſcitur *d. l.* 3. ubi minores curatorem habentes in negotiis contrahendis eodem jure cenſentur cum iis, quibus bonis interdictum eſt, quos conſtat jure civili ſine curatorum conſenſu non obligari. *l.* 6. *de verb. obl.*

14. Ac proinde admittenda non eſt ſententia Cujacii ad *l. puberes.* 101. *de verb. obl. Vult. diſc.* 16. *Fachin.* 3. *contr.* 9. *Bronch.* 1. *aſſ.* 33. diſtinguentium inter alienationem & obligationem, quaſi alienare quidem res ſuas minor ſine curatore non poſſit; obligare autem ſe poſſit ad alienandum. Hæc enim diſtinctio & verbis *d. l.* 3. *C. de in int. reſt. min.* manifeſte refellitur; & ratio, qua Imperatores utuntur, perſpicue probat, quod de una ſpecie dicitur, ad alteram quoque pertinere. Loquuntur de venditione, de contractu; non de alienatione, quæ demum fit, cum ex contractus cauſa res traditur. *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* §. 3. *Inſt. de empt. & vend.* quanquam & ſi de ſola alienatione loquerentur, tamen id quod de ea diceretur, etiam ad contractus & obligationem minoris referendum eſſet, ut mox demonſtrabitur. Ajunt ideo minoris contractum non eſſe ſervandum, quia minor curatorem habens ſimilis ſit ei, cui bonis

bonis interdictum est. Quod si hanc ob causam minor sine curatore alienare non potest, quia eodem jure, quo prodigus censetur: ob eandem causam nec sine curatore poterit obligari. *l. 6. de verb. obl.* Quid quod hoc ipso quod minoribus denegatur rerum suarum administratio *l. 1. in fin de minor.* non minus jus sese obligandi sine curatore, quam res suas alienandi ademptum intelligi oportet. Hæc enim duo se mutuo ponunt & tollunt, ita ut divelli nequeant. Qui jus habet personam suam obligandi ad rem alienandam, ille quoque jus alienandi habet. & contra. Item cui alienandi jus non est, ei nec obligandi. & contra. argumento est ipsa obligationis definitio. *pr. Inst. de oblig. l. 3. de obl. & act.* Nam si obligationis civilis hæc vis est, ut actionem producat, & necessitate solvendi debitorem adstringat, utique cum eo, qui ita obligatus est, etiam judicio agi poterit, & res debita ab eo exigi, atque ille consequenter recte quoque eam præstabit, & ad creditorem transferet, cum etiam ad id cogi possit. Itaque male nonnulli sic colligunt: curatori rerum puberis & negotiorum administratio commissa est, non personæ. *l. sciendum. 20. de rit. nupt.* proinde de persona sua promittere pubes potest sine curatore suo. Imo contra sic colligi debuit; curatori negotiorum impuberis administratio commissa est, ergo & rerum contrahendarum & obligationis puberis: nam in re contrahenda negotium geritur. *l. 7. pr. §. 1. &c. de minorib.* Neque obligationis summus finis hic est, ut personam nobis obligatam habeamus; sed ut id, quod in obligationem deductum est, consequamur. *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* Denique vel ex eo ipso, quod in *d. l. sciendum. de rit. nupt.* Jurisconsultus ait, utrum puella nubat, nec ne, ad officium curatoris non pertinere, quia id non fit ex administratione negotiorum, in qua officium curatoris consistit, satis intelligimus nuptiarum hoc esse proprium, eoque ad alias obligationes transferri non debere. Nam in nuptiis contrahendis non agitur de rebus extra personam positis, de dando alioquo aut præstando, sed de mera & sola conjunctione personarum. Cæterarum autem rerum obligationes ad conjunctionem personarum non pertinent, sed ad dandum vel faciendum, id est, ad minuendum debitori & creditori augendum patrimonium. At ita futurum est, inquis, ut inter pupillum & adultum curatorem habentem non multum intersit. Quid tum postea? ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτωρες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων, teste Modestino in *l. εἰδέναι χρή. 13. pr. de excus.* id est, *valde pauca sunt ea, in quibus distant curatores a tutoribus.* & alias nullum esset discrimen inter habentem curatorem & non habentem: cum tamen tam notabile afferatur in *d. l. 3. C. de in int. rest. min.*

15. Confirmat, non evertit hanc sententiam locus Pauli in *l. obligari. 43. de obl. & act.* ubi sic scribit, *Obligari potest paterfam. suæ potestatis pubes.* His enim verbis, *suæ potestatis pubes*, significatur is pubes, qui nec in curatione sit, removenturque puberes curatorem habentes, & ii, quibus bonis interdictum est: alioqui superfluo verba illa adjicerentur, cum nullus sit paterfamilias, qui non sit suæ potestatis suive juris, si verba ista accipiantur in sensu vulgari, ut in *titt. Inst. & D. de his qui sui vel al. jur.* Sic & Ulpianus in *l. 2. §. 1. de pollicit.* ait, voto obligari patresfam. puberes sui juris. *Sui juris*, id est, suæ curæ, qui nec sint in potestate administratoria curatoris: quomodo & Cujacius ipse hoc explicat *21. obs. 23.*

16. At mihi plane persuadeo, neque Cujacium, neque quenquam alium ab hac sententia, cæteris fere interpretibus probata, recessurum fuisse, nisi eos movisset responsum Modestini in *l. puberes. 101. de verb. obl.* Verba Modestini sunt; *Puberes sine cu-*

toribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſunt. Si ex hoc uno loco res decidenda eſſet, protinus ſubſcriberem ſententiæ Cujacii: ſed quoniam ex profeſſo in contrariam ſententiam ſcripta eſt *d.l.* 3. *C. de in int. reſt. min.* & quidem ita, ut in aliam trahi nequeat (omitto nunc rationes & alios locos ſupra adductos) danda potius opera, ut verbis *d.l.* 101. ea aptetur interpretatio, qua fiat, ut ne illa *d.l.* 3. repugnet. Et dictio quidem illa relativa & reciproca *ſuis* non patitur, ut verba Modeſtini ſic interpretemur, *puberes qui ſunt ſine curatoribus*, &c. nec argumentum aut titulus, ut ea reſtringamus ad nuptias aut ſponſalia. At hæc interpretatio colorem habet; *Puberes ſine curatoribus ſuis*, &c. id eſt, abſentibus curatoribus, quos habent, contrahentes; puberes alibi verſantes ſine curatoribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſunt; non utique ſine illorum conſenſu, ſed præſentia: ut intelligamus hoc inter impuberes pubereſque intereſſe, quod tutor in ipſo negotio præſens eſſe & ſtatim auctor fieri debeat. *l.* 9. §. *pen. de auct. tut.* curatoris autem conſenſus etiam poſtea interveniens, atque ejus etiam, qui præſens non fuit, ſufficiat. Nec video quid ſpecioſius afferri poſſit ad evitandam legum pugnam, niſi putamus modeſtinum ita ſcripſiſſe: Ἔφηβοι οἱ ἄνευ κουρατώρων, &c. id eſt, *puberes ſine curatoribus conſtituti*, ut Impp. in *d.l.* 3. quod male converſum ſit. Sane pleraque Modeſtini de tutoribus & curatoribus Græco ſermone ſcripta eſſe conſtat ex *tit. de confirm. tut. Qui pet. tut. De tut. dat. De excuſ. tut.* Conſuli interim poterunt *DD. in d.l.* 3. & *d.l.* 101. *Robert.* 1. *animad.* 12. *Gœdd. tract. de contr. & comm. ſtip. c.* 7. *Lyclam.* 7. *membr.* 15. *Tim. Fab. anniverſ. diſp.* 9. Porro paciſci cum omnibus poſſumus, quibuſcum juris gentium communio eſt. Ergo & cum ſervis, cum deportatis, aliiſque peregrinis, cum hæreticis, cum hoſtibus, quibus omnibus fides data jure gentium ſervanda eſt. *l. nam & Servius.* 21. *de neg. geſt. l. bona fides.* 31. *depoſ.* de quo luculentius *ſup. c.* 2. & 3.

CAP. XV.

An quis pactione ſua alteri nocere, aut prodeſſe queat?

1. *Quibus caſibus pactum reale ſervi aut filiiſam. domino aut patri noceat.*
2. *Quando pactum perſonale filii, ne ipſe petat, utile.*
3. *Quibus caſibus pactum procuratoris, ne dominus petat, domino noceat.*
4. *Quando tutoris, curatoris, &c. pupillo, minori, &c. noceat.*
5. *Cur pactio emptoris hereditatis & debitoris hereditarii noceat venditori hereditatis.*
6. *Pactum ſervi & filii ne a domino aut patre petatur, prodeſt domino & patri.*
7. *Quid juris, ſi filiusfam. aut ſervus pacti, ne a ſe peteretur.*
8. *Quid ſi pater pactus, ne a filio petatur.*
9. *Pactum procuratoris negotiorum domino prodeſt ad exceptionem doli.*
10. *Ejus, qui plane extraneus eſt, pactum nobis non prodeſſe.*
11. *Contemplatio auctoris circa* l. 3. C. de don. quæ ſub mod.
12. *Quantum vi & effectu differunt prohibitio alienationis teſtamentaria & conventionalis.*

NEMO pactione ſua alteri nocere poteſt, ne ei quidem, cujus eſt in poteſtate. *l. ſi tibi.* 17. §. *pen. l. ſi unus.* 27. §. 4. *verſ. ante omnia. l. contra juris.* 28. §. 2. *l. ult. hoc tit.*

1. Cæ-

1. Cæterum pactum a servo aut filiofam. in rem factum, ne pecunia petatur, domino aut patri interdum nocet, videlicet si de re peculiari, cujus liberam habent administrationem, non donationis causa, sed transactionis, aliave simili, quæ non excedit fines administrationis, factum sit. *d. l. contra juris.* §. 2. *hoc tit.* Quinetiam pactum de re dominica aliquando utile est, veluti si servus dominicam pecuniam credens pactus sit, ne ea ante certum tempus petatur. *l. sin autem.* 29. *eod.* Quod si servus aut filius pacti sint, ne ipsi peterent, inutile est pactum. *d. l. contra juris.* §. 2. *eod.* Nam cum neque servus, neque filiusfam. regulariter petere seu agere possit. *l. filiusfam.* 9. *de obl. & act. l.* 6. *C. de judic.* pacta de non petendo frustra in eorum personam concipiuntur.

2. Quibusdam tamen casibus in persona filiifam. id aliter se habet; veluti si paciscatur, ne injuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ jure singulari filiofam. competunt. *d. l. filiusfam. de obl. & act.* quod & Cajus significat in *l. in persona.* 30. *hoc tit.* Item cum pactum a filiofam. confertur in id tempus, quo sui juris effectus agere poterit. *l. & hered.* 21. §. 3.

3. Sed nec pactum a procuratore factum, ne dominus petat, nocet domino, præterquam tribus in casibus: quorum primus est, si dominus procuratori suo mandavit, ut pacisceretur: alter, si sit procurator omnium rerum, totorum seu universorum bonorum. *l. nam & nocere.* 12. *eod.* quibus verbis veteres compendio sermonis significant eum, cui plena liberaque rerum administratio concessa est. *l. procurator cui.* 58. *l. procurator totorum.* 63. *de procur. l. jusjurandum.* 17. §. *ult. de jurejur. Vaud.* 1. *quæst.* 47. *Duar. ad l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. *de acq. poss.* Atque hujus procuratoris tam ampla potestas est, ut exigere, novare, aliud pro alio permutare, eaque omnia facere possit, quæcunque ad administrationem magis, quam ad profusionem dissipationemve patrimonii pertinent. Nam donationis causa pacisci non potest, ac ne eas quidem res vendere, quas diligens attentusque paterfamilias distrahere non solet. *d. l. contra juris.* 28. §. 2. *hoc tit. d. l.* 63. *de procur. l. si consensit.* §. 1. *quib. mod. pign. solv.* Tertius casus est, cum quis procurator in rem suam constituitur, id est, cum ei actio creditur; quia hic, ut ait Paulus, domini loco habetur. *l. sed si.* 13. §. 1. *hoc tit.*

4. Similiter nec pactum tutoris aut curatoris donationis causa factum pupillo aut adulto nocet *l. pactum.* 22. *C. eod.* nocet autem si factum sit de re dubia transactionis causa. *l. interdum.* 56. §. *pen. de furt.* per *l. tutor.* 35. *pr. de jurejur.* Curator quoque sive administrator reipub. aut civitatis paciscendo non magis reipub. aut civitati, quam tutor pupillo, nocere potest. *l. Imperatores.* 37. *hoc tit. l. præses.* 12. *C. de transact.* eademque causa est ejus, qui societatis vel universitatis magister dicitur. *l. item magistri.* 14. *hoc tit. l. actor.* 9. *rat. rem hab.* atque ita accipiendum quod Ulpianus *d. l.* 14. magistri pactum & prodesse & obesse.

5. Pactio facta inter emptorem hæreditatis & debitorem hereditarium nocet venditori. *l. si cum.* 16. *hoc tit.* nec mirum, cum totum commodum ad emptorem pertineat, qui etiam utiles actiones proprio nomine habet ex constitutione Divi Pii. *d. l.* 16. Facilius admittendum fuit, ut quis pactione sua alteri possit prodesse: quod & ipsum tamen regulariter receptum non est. *l. si tibi.* 17. §. 4. *l. si cum.* 36. *l. tale pactum.* 40. §. *ult. hoc tit. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. oblig.* Pactum filii aut servi, ne a patre aut domino petatur, utile est, prodestque patri & domino. *d. l. si tibi. in fin. cum* 2. *ll. seqq. eod.* quoniam per eas personas, quæ in potestate nostra sunt, melior conditio

no-

nostra fieri potest, etsi deterior fieri non potest. *l. melior.* 133. *de reg. jur. l.* 3. *l. filius.* 23. *C. hoc tit.* Idemque dicendum & de eo servo, in quo usumfructum habemus, aut qui nobis bona fide servit. *l. si debitor.* 55. *eod.* Si filiusfam. pactum fecerit, ne a se petatur, proderit ei. *l. acquirent.* 19. §. 1. *eod.* Nam ex omni causa filiusfam. conveniri potest, sicut paterfam. *l. filiusfam.* 39. *de obl. & act.* ac tametsi pactum istud personale sit, nihilominus tamen & patri proderit, si nomine filii conveniatur; utique quamdiu filius vivit: morte enim filii extinguitur, quia personale est. Quod si servus, ne a se peteretur, pactus sit, nihil valebit pactum; quia ab eo peti non potest. *l. cum servo.* 107. *de reg. jur.* At enim si in rem paciscatur, proderit domino pacti conventi exceptio. Si vero in personam pactum conceptum fuerit, dabitur domino hoc casu exceptio doli subsidiaria. *l. & heredi.* 21. §. 1. *hoc tit.*

6. Pactum a patre factum ne a filio petatur, filio non prodest, etiamsi postea heres filius extiterit. *l. si tibi.* 17. §. 4. *eod.* quod tamen cum Cujacio sic accipio, hactenus non prodesse, ut filius pacti exceptione directa utatur: nam doli exceptio non videtur ei deneganda. *arg. d. l. & her.* §. 2. *hoc tit.* & ita quoque *Zas. in d. l. si tibi.* §. *cum possessor. n.* 7. *& Pac. in* §. 4. *eod.* Sed si pater paciscatur filio, ut heredi futuro, quod facere intelligitur, cum super ea obligatione paciscitur, ex qua non potest filius, nisi ut heres, conveniri, exceptio pacti filio danda est: nam heredi consuli concessum est: & nihil prohibet uni ex heredibus providere; cæteris autem non consuli, auctore Celso in *l. avus.* 33. *hoc tit.* quod & Pomponius probat. *l.* 10. *de pact. dotal.* Huic tamen sententiæ obloqui videtur Julianus *l. eum qui.* 56. §. 1. *de verb. oblig.* ubi ait, si quis promiserit se & Titium heredem suum daturum, nihilominus cæteros quoque heredes teneri, quamvis convenisse videatur, ne a cæteris peteretur. Nolo hic examinare varias responsiones cum veterum, tum recentiorum interpretum in *d. l.* 33. *& d. l.* 56. §. 1. sed quid mihi ad *d. l.* 56. §. 1. respondendum videatur, breviter exponam. Ajo igitur Julianum illic principaliter agere de constituenda obligatione in unum ex heredibus, quod fieri propter legem 12. tabb. non potest: utpote ex qua obligatio, quæ in defunctum cœpit, in omnes competit pro portionibus hereditariis. *l.* 2. *C. de her. act. l.* 6. *C. fam. erc.* Et quamvis, si verba stipulationis spectamus, in qua solius Titii mentio facta, possit videri tacite convenisse, ne ab aliis heredibus, sed a solo Titio peteretur; tamen taciti hujus, & tantum non imaginarii pacti rationem non habendam, propterea quod verisimile non est eam fuisse mentem stipulatoris decem sibi dari stipulantis, ut a solo Titio eam summam peteret, a cæteris nihil peteret, atque ita integra decem non posset consequi. Certum enim est, Titium ultra portionem hereditariam obligari non potuisse, & vel ideo, quia heres ultra eam portionem habetur pro extraneo. *l.* 14. *C. de rei vind. l. pen. C. de her. act.* Atque hinc est, quod Julianus ait, Titii personam supervacue comprehensam esse. Ex converso quoque qui stipulatur sibi & Titio heredi suo dari, omnibus heredibus suis obligationem acquirit propter eandem legem 12. tabb. ex qua etiam obligatio a defuncto cœpta heredibus omnibus pro hereditaria cujusque parte acquiritur; quod cum procul dubio cum effectu accipiendum sit, consequens omnino est, neminem partem suam petentem exceptione summoveri posse, contra quam existimat Accursius in *d. l.* 33. *h. t.* At vero apud Celsum *d. l.* 33. non agitur de uno ex heredibus obligando, neq; de obligatione uni acquirenda; sed de uno per pactionem liberando, eique ita consulendo, ut huic soli exceptio prosit, cæteris non item. Hoc autem etsi tacita pactione non efficitur,

expreſſa tamen effici poteſt. Tutoris quoque & curatoris pactum prodeſt pupillo, adulto, furioſo & prodigo. *l. tutoris.* 15. *l. contra.* 28. §. 1. *eod. l. curatoris.* 22. *C. eod.* quia etſi perſonæ extraneæ ſunt, tamen ob hoc ipſum rebus noſtris madiniſtrandis ſunt præpoſiti, ut faciant conditionem noſtram meliorem. Sed & pactum procuratoris negotiorum domino prodeſt, quanquam non ad exceptionem pacti, ſed ad exceptionem doli, quæ exceptionis pacti plerumque ſubſidium eſt. *l. reſcriptum.* 10. §. *ult. eod.* Quippe exceptio doli non tam ex facto procuratoris nobis naſcitur, quam ex dolo creditoris noſtri; quem certum eſt dolo facere, ſi id petat, quod procuratori noſtro, id eſt, pene alteri domino, & quidem noſtro nomine remiſerit. *l.* 1. §. 1. & 2. *de dol. mal. except.* Et generaliter quicunque ſtipulando nobis acquirere poſſunt, iidem & paciſcendo poſſunt conditionem noſtram facere meliorem. *l. per quos.* 59. *hoc. tit.*

10. At ſi quis plane extraneus eſt, qui nec in poteſtate noſtra ſit, nec rebus noſtris adminiſtrandis præſit, ejus pactum nobis non prodeſt, nec inde aut actio aut exceptio acquiritur extraneo. *l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. obl. l.* 3. *C. de inut. ſtipul. l. quo tutela.* 73. §. *ult. de reg. jur.* quanquam interdum in ſubſidium exceptio doli datur. *l. idem in duobus.* 25. §. *ult.* & *l. ſeq. hoc tit.* Illud ſingulare eſſe videtur in donatione, quod ex donatoris pacto acquiri poteſt actio tertio alicui extraneo contra donatarium. *per l.* 3. *C. de donat. quæ ſub mod.* cujus rei hanc eſſe rationem ſcribit *Covar.* 1. *var. reſol. c.* 14. quod id ſpeciale ſit in donatore liberalitatem exercente in donatarium, ut poſſit donator obligationem exigere in alicujus tertii favorem, obiter inſpici poteſt & *Ant. Fab. Cod. ſuo forenſ. ad d. tit. C. de donat. quæ ſub mod. defin.* 2.

11. Tentari tamen poteſt, in *d. l.* 3. *C. eo d. tit.* occurrere ſpeciem fideicommiſſi in contractu conſtituti. Sane enim & in contractibus interdum fideicommiſſum conſtituitur. *l. Publia Mævia.* 26. *pr. depoſ. l. ſi pecunia.* 77. *de legat.* 1. Et ſic poſſum in traditione rei meæ paciſci, ne res alienetur. *l. ult. C. de pact. int. empt.* & *vend. l. ult. C. de reb. al. non al. l. in traditionibus.* 48. *hoc tit l.* 3. *C. de cond. ob cauſ. dat.* cui non obſtat *l. pen. hoc tit.* quippe quæ ad eum caſum non pertinet, cum pactio interceſſit in traditione rei meæ, ſed inter duorum prædiorum dominos, quorum alter ab altero nihil accepit.

12. Atque hæc eſt prohibitio conventionalis, inter quam & prohibitionem teſtamentariam, ut id obiter addam, hoc intereſt, quod ex teſtamentaria prohibitione æque ac ex legali, ad revocandam rem alienatam actio in rem competit. *l. ult.* §. 3. *C. comm. de legat.* At ſi contra conventionale fideicommiſſum alienatio facta ſit, perſonalis duntaxat actio contra alienantem datur. *d. l.* 3. *C. de cond. ob cauſ. dat.* Quapropter quamvis in *d. l. ult. C de reb. al. non alien.* prohibitio fiat alienationis rei non modo quæ in teſtamento, ſed etiam quæ in contractu alienari vetatur, ex eo tamen non oportet colligere eundem eſſe utriuſque prohibitionis effectum, ſed commodanda eſt vis ac poteſtas prohibitionis ad eum modum, quem ſpecies ſingulæ illic poſitæ pro natura ſua admittunt; quod & interpp. vulgo obſervant. *Bronch. cent.* 1. *aſſert.* 36.

Cap. XVI.

Quatenus pactum debitoris fidejussori, aut fidejussoris debitori prosit, & de pacto unius e duobus reis.

1. *An utilitas exceptionis fidejussori quæsita ex pactione rei, contraria rei pactione ei auferri queat.*
2. *Pactum fidejussoris nec reo nec confidejussori prodest.*
3. *Jurisjurandi alia ratio, & quare.*
4. *Quid juris, si expresse convenit, ne a reo quoque petatur.*
5. *Pactum unius ex correis debendi sociis alteri quoque prodesse: nec obstare* l. 3. §. 3. de lib. legat.
6. *Si socii non sunt, non prodesse.*
7. *Species* l. 2. C. de duob. reis.
8. *Quid si uni ex correis debendi reddita cautio, & ita tacite pactio inducta?*
9. *Pactum unius e duobus reis credendi sociis ita alteri non nocere, ut neque prosit.*
10. *Explicatio* l. si duo. 34. de recept. arbitr.
11. *Si rei credendi socii non sint, pactum unius alteri nullo obesse modo.*

PACTUM debitoris in rem conceptum fidejussori quoque prodesse constat, non tam propter vicinitatem obligationis, quam ob regulam traditam *l. & heredi.* 21. §. *ult. hoc tit.* ut jam intelleximus. Personale autem pactum debitoris diximus fidejussori non prodesse (utique jure veteri) *l. nisi hoc.* 22. *eod.* Atqui, inquis, etiam hic interest rei, ne a fidejussore petatur. Sed id in proposito considerari non debet: quippe ubi reus expresse pactum ad suam personam restrinxit, creditori, qui aliter pactus non fuisset, non poterit objici exceptio a fidejussore, aut si objiciatur, replicatione elidetur. Quid si simpliciter sine particula taxativa pactus sit debitor ne a se petatur? Puto hoc pactum etiam fidejussori profuturum & omnibus, quorum principaliter & pecuniarie interest, ne ab aliis petatur. *arg. l. si tibi.* 17. §. *propen. hoc tit.* Procedit igitur *d. l. nisi hoc.* 22. in pacto, ut loquitur Bartolus, personalissimo, quando pacto est inserta dictio taxativa; veluti si convenit, ut a reo duntaxat non petatur. Potest autem & sine persona sua reus pacisci, ne a fidejussore petatur, ut pactum sit efficax. *l. si unus.* 27. §. *eod.*

1. Quæstionis est, an utilitas exceptionis semel fidejussori quæsitæ ex pactione debitoris ei iterum contraria debitoris pactione auferri queat. Et Furius Anthianus respondit, non posse. *l. ult. hoc tit.* cui obstare videtur *l. si unus.* 27. §. 2. *vers. eadem ratione. eod.* ubi Paulus ait, prius pactum eadem ratione fidejussoribus non prodesse, qua prius non prodest debitori, qui postea pactus est, ut petere liceret. Sed non sunt hæc contraria. Nam hoc tantum significat Paulus, ut pactum de non petendo debitori factum posteriore debitoris pacto de petendo tollitur, non ipso jure, sed ope replicationis, ita & pactum factum debitori vel fidejussori pacto contrario ipsius fidejussoris per replicationem elidi, ut noceat fidejussori. Lon-

ge autem diversum est, quod Anthianus definit, exceptionem fidejussori vel sua vel debitoris pactione semel quæsitam, ipsi invito extorqueri non posse. *Pac.* 1. *cent.* 98.

2. Ex converso pactum fidejussoris reo non prodest, quoniam ut prosit reo, nihil interest fidejussoris; quippe in quem reus, si solverit, nullam actionem habiturus sit: ac proinde etsi fidejussor simpliciter pactus sit, ne pecunia petatur, nihilomagis id proderit reo. *l. fidejussoris.* 23. *hoc tit.* eademque ratione nec confidejussori hujusmodi pacta proderunt. *d. l.* 23.

3. Jurisjurandi alia ratio est: id enim solutionis loco cedit. *l. jusjurandum.* 27. & *l. seq.* §. 1. *de jurejur.* dummodo de ipso contractu & de re juratum sit: quoniam tunc perinde habetur, quasi nihil debeatur. *l. in duobus.* 28. §. 1. *d. tit.* Pactum autem non facit, ut ne quis debeat, sed ut defendatur exceptione.

4. Cæterum si expresse convenit, ne a reo quoque petatur, placet tale fidejussoris pactum etiam reo proficere. *l. idem in duobus.* 25. §. *ult.* & *l. seq. hoc tit.* quo tamen casu debitori non exceptio pacti, sed doli exceptio datur. *d. l.* 15. §. *ult.* nimirum ex æquo & bono: est enim exceptio doli subsidiaria illius, quæ alias ex pacto competeret, ut supra quoque monuimus. *l. rescriptum.* 10. §. 2. *eod.* Placet autem hoc casu etiam reo exceptionem dari propter συμπλοκὴν, seu connexum obligationum, quia reus & fidejussor unum & idem debent. Idem est & in confidejussoribus. Excipitur & hic casus, si fidejussor quis sit in rem suam: quoniam hic reus potius est, quam fidejussor, & is pro quo fidem interposuit, fidejussor verius, quam reus. *l. sed si.* 24. *eod.*

5. Si unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne a se petatur, quin id pactum cæteris quoque prosit, vix ambigitur, propter regulam *l.* & *heredi.* 21. §. *ult. hoc tit.* Nam hic quoque paciscentis pecuniariter interrest, a socio promittendi reo non exigi, quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitur. Obstare tamen videtur, quod Julianum respondisse Ulpianus *l.* 3. §. 3. *de liber. legat.* refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, ille inquietetur: quibus verbis non obscure significat, pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Sed recte respondet Bachovius Jurisconsultum in specie illic proposita liberationem fieri voluisse per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut in omnem eventum legatario prospectum sit; cum alioqui actione ipso jure non sublata fieri possit & aliquando contingere, ut actione adversus alterum instituta ipse inquietetur.

6. Quid si socii non sint? pactum unius alteri non prodesse probatur ex *l. idem.* 25. *hoc tit.* quæ lex conjungenda est cum *l. fidejussoris.* 23. *eod.* ut inscriptio & res ipsa indicat. Cessat quoque hic regula *d. l.* 21. §. *ult. eod.* quia non interest paciscentis a correo, qui socius non sit, non peti. Et huc in primis facit *d. l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* ubi Jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur; sed non ut per acceptilationem, ne alteri liberatio prosit.

7. Plerique tamen credunt huic sententiæ contrarium esse, quod rescriptum est *l.* 2. *C. de duob. reis.* si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exolvat, quod ultra dimidiam suam solvit, posse repetere: quod sic accipiunt,

posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidiaria actione negotiorum gestorum: & secundum id sæpe judicatum esse testantur *Ant. Fab. Cod. suo for. de duob. reis. defin.* 1. *Christin. vol.* 3. *decis.* 114. & *vol.* 4. *decis.* 178. Ego vero puto *d. l.* 2. commode accipi posse de correis sociis, propterea quod pecunia ibi dicitur communiter mutuo accepta. *vid. eund. Fab.* 11. *conject.* 6. & *seqq. Perez. ad tit. C. de duob. reis. n.* 10. & *seq.* Plane si quis nominatim correo quoque suo paciscatur, proderit ei pactum ad exceptionem doli, *arg. l. idem in duobus.* §. *ult. cum l. seq. hoc tit.*

8. Quid si tacite pactum inducatur ex chirographi redditione uni ex correis debendi facta? Non alii prodesse posse Alexander ad *l.* 2. *hoc tit.* scripsit, quam ei cui redditum est. Tacitum enim pactum ex facto inducitur. Factum autem nullum intercedit creditoris nisi cum eo ex correis, cui chirographum redditur. Et potius redditio illa conjecturam inducit & probationem mandatarum ei adversus correum actionum, *arg. l.* 1. *C. de donat. l. Mævia.* 49. *solut. matrim. l. servum filii.* 44. §. *eum qui.* 5. *de legat.* 1. Ex quo apparet non posse correo ex ea causa quæri exceptionem pacti de non petendo; alioqui videretur creditor mandasse actionem inutilem; quippe quæ per exceptionem pacti elidi posset: idemque creditoris factum & actionem præberet, & simul exceptionem, qua hæc actio elideretur; quod est absurdum. Fidejussorum alia ratio est. Quidni enim iis prosit exceptio pacti, cum non possit redditio instrumenti facere, ut adversus eos ulla actio mandata videatur: Namque reus principalis regressum habere non potest adversus fidejussorem suum, cui ex contrario ipse indemnitatem præstare debet. Plane si in rem suam fidejussit, aliud dicendum est: nam hoc casu nec pro fidejussore habetur. *l. sed si.* 24. *hoc tit. l.* 8. §. 1. *qui satisd. cog. l.* 5. *de liber. legat.* & ita judicatum refert *Ant. Fab. Cod. suo. hoc tit. defin.* 6. *vid.* & *sup. c.* 12. *n.* 13.

9. Illud adhuc videndum, an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, nempe si pactus sit se non petiturum. Et hic iterum interesse putem, socii sint, nec ne. Si socii sunt, pactum unius alteri ita non nocebit, ut neque prosit: nam saltem pro parte obstabit correo petenti exceptio, pro ea videlicet parte, quam ille socio restituere teneretur judicio societatis: eam autem partem, quam ipse consequitur, communicare non tenetur socio, cujus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Et utut summi juris ratio efficere videtur, ut nullo modo unius pactum alteri obsit, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit: æquitatis tamen ratio facit, ut agenti saltem obstet exceptio pro parte.

10. Objicit huic sententiæ *Ant. Faber l. si duo.* 34. *de rec. arbitr.* Ex qua ita argumentatur; Si compromissum unius ex correis sociis in totum alteri nocet, ergo nocebit & pactum: at compromissum nocet, &c. *d. l.* 34. Respondeo, falsum est assumptum: idque vel ex eadem *l.* 34. liquere potest: non enim quæritur eo loco, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente eo stipulatio pœnalis interposita a socio, qui compromisit, committatur; quod non obscure affirmat Jurisconsultus. Unde facile intelligitur compromissum socio, qui non compromisit, non nocere: quamvis & eo petente stipulatio pœnalis committatur adversus eum scilicet, qui compromisit.

11. Quod si correi credendi socii non sint, pactio unius alteri non oberit ullo modo:

do: quoniam talia pacta vim suam nunquam exerunt extra personas paciscentium. *l. si unus.* 27. *in fin. pr. junct.* §. 4. *vers. ante omnia. hoc tit.* Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit. *l.* 2. *de duob. reis.* aut novandi animo alium reum acceperit. *l. si rem.* 31. §. 1. *de novat* aut jusjurandum detulerit. *l.* 28. *de jurejur.* quia hæc omnia vicem solutionis obtinent. Sed & vim litis contestatæ jusjurandum habet. *l.* 9. §. 3. *de jurejur.* Petitione autem unius alterius jus consumitur. *l.* 2. *de duob. reis. l.* 31. §. 1. *de novat. l.* 11. § *sic evenit.* 21. *de legat.* 3. Hæc nunc pro instituto sufficiant: alio fortassis tempore & loco nonnulla opulentius.

CAP. XVII.

De pactis majoris partis creditorum.

1. *Pactio debitoris, licet facta cum majore parte creditorum, aliis creditoribus non nocet.*
2. *Excipitur casus, de quo* l. 7. §. ult. & 3. ll. seqq. hoc tit.
3. *Exceptionis hujus ratio.*
4. *Major pars creditorum non ex numero personarum, sed ex modo debiti æstimatur.*
5. *Creditores absentes, recte & tempestive citatos, sequi debere exemplum præsentium.*
6. *Non excipi in hoc negotio creditores privilegiarios.*
7. *Hypothecarios excipi, & qui fidejussorem habent, & quare.*
8. *Sententia Pauli in* l. si præcedente. 58. §. 1. mandat.
9. *Quid nostris & Gallorum moribus.*

CREDITORES cum debitoribus suis obæratis qui solvendo non sunt, interdum paciscuntur de parte aliqua debiti non petenda: & hæc quidem pacta certo jure nocent illis, qui pacti sunt de certa portione remittenda: sed an aliis creditoribus, qui forte noluerunt pacisci, noceat pactio majoris partis creditorum, ut nec ipsi possint totum petere, quæritur.

1. Dicendum est debitoris pactionem licet cum majore parte creditorum factam, cæteris non obesse. *l. debitorum.* 25. *C. hoc tit. per l. non deb. t.* 74. *de reg. jur. tot. tit. C. res int. al. act. l. solvendo.* 39. *de neg. gest.* item arg. *l. ult. C. qui bon. ced. poss.* ubi pars major creditorum minori quidem parti præjudicare potest in danda dilatione seu induciis ad solvendum secundum formam illius constitutionis: cæterum non idem statuitur de remittenda parte debiti.

2. Quo pertinet ergo disputatio Jurisconsultorum in *l. juris gentium.* 7. §. *ult.* & 3. *ll. seqq. hoc tit.* de pactione majoris partis creditorum? nimirum ad casum singularem; cum scilicet hæres, qui vocatur ad hereditatem debitoris obærati, æs alienum metuens ita se instituit, ut nolit aliter hereditatem adire, quam si a creditoribus sibi caverit, eos certa parte debiti contentos fore. Hoc casu placet pacta majoris partis creditorum nomine omnium facta, non tantum nocere paciscentibus, sed etiam iis, qui pacti non sunt. *d. l.* 7. §. *si ante.* 17. *junct. d.* §. *ult. eod. arg. l. quod major.* 19. *ad municip.*

3. Atque hoc non sine evidenti ratione æquitatis constitutum est, quoniam creditorum omnium, etiam eorum, qui pacti non sunt, interest heredem adire hereditatem, ut saltem partem aliquam debiti salvam habeant, cum alias fieri posset, ut totum

tum amitterent, aut de eo in dubium venirent, quia hereditate non adita neminem haberent, quem possent convenire. §. 2. *in fin. Inst. de leg. Falcid.* Hæc autem ratio cessat, ubi heres jam hereditatem adiit nulla pactione interposita: quoniam cum nunc sit aliquis, qui conveniri possit, non debet aliorum, licet majoris partis, pactio obesse his, qui pacti non sunt. Ita recte *Bart. Bald. Angel. Salic. Castr. in dd.ll.* Unus tamen casus est, ubi etiam vivente adhuc debitore principali obærato pactum majoris partis creditorum nocet cæteris: nempe ubi debitor fugitivus est, nec potest commode conveniri. Tunc enim eadem hic ratio est, quæ allegata fuit in debitore defuncto, cujus heres recusat adire hereditatem. Jason in *l. majorem.* 8. *hoc tit.*

4. Porro in toto hoc negotio majorem partem æstimari placuit ex modo debiti, non ex numero personarum. *d. l.* 8. *l. ult. C. qui bon. ced. poss. l. si quis.* 14. *depos. l. cum bona.* 16. *de reb. auct. jud. poss.* Enimvero hæc ita in supra dicta specie procedunt, si major creditorum pars de remittenda aliqua debiti portione, non de toto remittendo inter se disceptent. *Paul. Castr. ad d. l.* 7. §. *ult. hoc tit.*

5. Et quidem hic etiam absentes creditores exemplum præsentium sequi debebunt, inibiturque majoris partis computatio ex iis, qui præsentes sunt. *l. rescriptum.* 10. *eod.* Cæterum non aliter hoc procedet, quam si recte & tempestive citati sint absentes, ut bene *DD. comm.* quamvis Angelus, Castrensis & Pacius dissentiant: qui licet fateantur tutius esse absentes citari, tamen necessarium negant. Etenim cum hic partes suas prætor interponat, ejusque decreto opus sit, *d. l.* 7. §. *ult. hoc tit.* speciem judicati hæc res continet, ut iis, qui citati non sunt, ea præjudicare non debeat. *arg. l. de unoquoque.* 47. *de re jud. l. etiamsi.* 29. §. *ult. de minor. l. nam ita.* 39. *de adopt.* Eoque jure utimur.

6. Quod autem major pars creditorum præsentium ita, uti diximus, statuerit, nocebit aliis etiam absentibus creditoribus, quantumvis privilegiariis, *d. l. rescriptum.* 10. *hoc tit.* nempe iis etiam, qui personale privilegium inter creditores chirographarios habent, ut in *l. qui in navem.* 26. *l. quod quis.* 34. *l. bonis.* 38. §. 1. *de reb. auct. jud. poss. l. si sponsa.* 74. *de jur. dot.* Item fisco, cum non hypothecam, sed tantum privilegium exigendi personale habet. *d. l. rescriptum. hoc tit.* veluti cum in privati locum fiscus successit. *l. fiscus.* 6. *de jur. fisc.* Alias ex contractibus suis habet fiscus hypothecam, sicut & ex causa tributorum. *l.* 1. *l.* 2. *in quib. caus. pign. tac.*

7. Hypothecariis vero creditoribus pactio creditorum chirographariorum non nocet. *d. l. rescriptum. hoc tit.* cujus rei ratio perspicua est: neque enim iis obesse debet aliorum pactio, qui jus hypothecæ habent, propriaque actione rem sibi obligatam persequi possunt. Sed neque nocere debet creditoribus qui fidejussorem vel mandatorem habent; quoniam his etiam satis prospectum est, etsi heres non adierit hereditatem, cum habeant electionem, utrum debitorem, an fidejussorem convenire velint. *l. si præcedente.* 58. §. 1. *mandat. add. Trentacinq. resol. lib.* 3. *sub tit. de solut. c.* 3. In dandis vero induciis, quia minus præjudicii vertitur, etiam hypothecarii creditores sequi tenentur suffragium majoris creditorum partis. *l. ult. vers. nulla quidem differentia. C. qui bon. ced. poss.*

8. Quod autem diximus etiam privilegiariis creditoribus pactionem majoris partis creditorum nocere ex Ulpiano in *d. l. rescriptum. hoc tit.* ei obstare videtur *d. l. si præcedente.* 58. §. 1. *mandat.* ubi Paulus scribit per pactum majoris partis creditorum præ-

præsentium non auferri absenti creditori pignus aut privilegium. Cæterum nulla est inter Ulpianum & Paulum pugna: neque enim Ulpianus hoc dicit, pactione majoris partis creditorum præsentium auferri absentibus privilegiariis privilegium, ut putavit Cujacius, & Busius; sed ipsos etiam sequi debere exemplum creditorum præsentium, & portione debiti esse contentos. At vero privilegium, quod inter actiones personales vertitur, non amittunt, & præferuntur nihilominus in portione debiti reliquis creditoribus chirographariis, si forte propter heredis inopiam suam singuli partem consequi nequeant; quod sæpe evenire potest: & hoc solum est, quod Paulus vult in *d. l. si præcedente. §. 1. mandat.* Nam comparatio illa pignoris & privilegii apud Paulum non absolute, sed κατ' τι accipienda: nimirum sicut pactione majoris partis non aufertur pignus creditoribus hypothecariis, ita nec privilegium auferri creditoribus privilegiariis. Illud vero discrimen adhuc manet, quod conventione illa nec in parte debiti præjudicetur creditoribus hypothecariis, privilegiariis autem præjudicetur, ut recte post Bartolum & alios veteres interpretes Baro & Costalius in *d. l. rescriptum. Borcholt. de pact. c. 5. n. 21. & seqq. Pac. cent. 1. quæst.* 89.

9. Hodie pactio majoris partis creditorum partem debiti remittentium dissentientibus neutiquam obest *edict. Carol.* V. *edit.* 19. *May.* 1544. *arb.* 35. atque ita in Gallia quoque judicatum refert Autumnus *censur. Gall. ad l.* 7. *§. ult. & l.* 8. *ff. de pact.* Sed nec pactas cum majore parte creditorum inducias, cæteri creditores sequi tenentur, nisi oblata cautione & judicis decreto interveniente. *d. art.* 35. atque ita in supremo hollandiæ senatu judicatum testatur Neostad. *decis. sup. Cur.* 53.

CAP. XVIII.

De quibus rebus pacisci possumus.

1. *Privatorum pactis jus publicum mutari non posse.*
2. *Non valere pacta, quæ contra juris regulas, seu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt.*
3. *Valeatne conventio vivo testatore facta, ne heres Falcidia utatur.*
4. *Interpretatio* l. pactum. 46. hoc tit.
5. *Valere pactionem gratuitam de remittendo legato conditionali, quamvis repudiatio non valeat.*
6. *Moribus horum temporum etiam repudiationem eodem casu valere.*
7. *De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, etiam non inspectis tabulis recte paciscimur.*
8. *De alimentis testamento relictis gratis pacisci citra prætoris auctoritatem licere.*
9. *Pactum de quota litis cur improbatum.*
10. *An non saltem pactio, quæ per se non valet, vires accipiat a jurejurando.*

PACISCI possumus de re privata duntaxat & familiari, veluti si quis paciscatur, ne judicati, incensarum ædium, depositi, furti agat, ne operis novi nuntiationem exequatur. *l. juris gentium.* 7. *§. si paciscar.* 13. *&* 2. *seqq. hoc tit.* ne debitorem ultra quam quatenus facere possit, conveniat. *l. si quis crediderit.* 49. *eod.* ne ab herede hereditadita-

ditatem adituro totum petat. *d.l.7.§.ſi ante.17.eod.* ne legatorum ſibi relictorum nomine ſatiſdationem ab herede exigat. *l.pactum.46.eod.fac.l.2.C.ut in poſſ.legat.* ne utatur fori præſcriptione. *l.pen.C.eod.* Eadem ratione valet pactum, ut res depoſita ſit periculo ejus, apud quem deponitur. *l.7.§.ſed & ſi.15.eod.l.1.§.ſæpe evenit.35.depoſ. l.contractus.23.de reg.jur.* ne jumenti vitioſi aut morboſi venditor teneatur emptori actione redhibitoria. *l.31.hoc tit.* Licet enim id pactum fiat contra edictum ædilium, ad rem tamen paciſcentium privatam & familiarem tantum ſpectat, & renuntiationem continet beneficii emptori edicto ædilitio conceſſi. Item ſi fideicommiſſi onere invicem gravati ſint filii, poteſt precaria hæc ſubſtitutio mutuo conſenſu remitti. *l.cum proponas.16.C.eod.* cui ſimile exemplum eſt, quod proponitur *l.1.C.eod.* cum quis ſpem fideicommiſſi conditionalis ſibi delati pacto remittit, & pro ea remiſſione quid viciſſim accipit. Ex eadem regula & illud eſt, quod ſi inter emptorem & venditorem convenerit, ut venditor de evictione non teneatur, pactio ſervanda ſit. *l.in emptionibus.43.eod.l.11.§.ult.de act.empt.*

1. De iis vero rebus, quæ ad cauſam publicam pertinent, paciſci non poſſumus; puta ſi quis paciſcatur, ne operis novi nuntiationem, quæ reipub. cauſa facta eſt, exequatur. *l.7.§.ſi paciſcar.14.hoc tit.* nam jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt. *l.jus publicum.38.eod.* Et hoc eſt, quod generaliter definit Ulpianus *d.l.7.§.& generaliter.* quoties pactum a jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportere: *a jure communi*, dictum videtur pro a jure ſingulorum & re cujuſque privata. *l.ſi unus.27.§ pacta.4 eod.* Et ideo ſi is, cui oppigneratur prædium, paciſcatur cum debitore, ne onus tributi prædii oppignerati agnoſcat, ſed ejus ſolvendi neceſſitas incumbat debitori, hoc pacto non convellitur forma juris fiſcalis. *l.inter debitorem.42.eod.* quanquam quod ad paciſcentes attinet juſtum, ac proinde ſervandum eſt. *l.epiſtola.52.§.2.eod.l.ult.C.ſin.cenſ.vel reliq.*

2. Aliter hæc cum Græcis explicat Cujac.*lib.1.obſ.c.24.*res autem eodem recidit. Similiter non valent pacta, quæ contra juris civilis regulas ſeu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt. *l.contra.28.hoc tit.l.27.de reg.jur.* veluti ſi pupillus ſine tutoris auctoritate pactus ſit ne a debitore ſuo petat. *d.l.28.* aut ſi convenerit, ne omnino, vel ut longiore tempore dos reddatur. *l.2.l.12.§.1.l.licet.18.de pact.dot.* aut ſi conſtante matrimonio vir & uxor paciſcantur, ne ob res donatas ageretur. *l.5.§.1.d.t.* Item ſi quis cum aliquo paciſcatur, ne ejus frater ſit. Nam jus agnationis aut cognationis pacto tolli non poteſt. *l.jus agnationis.34.hoc tit.* Conjunctio ſanguinis neceſſaria eſt & naturalis conjunctio, quæ ex voluntate arbitriove noſtro non pendet. Quam ob cauſam Iſocrates amicitiam conſanguinitate potiorem eſſe dicebat, quod hæc ἐκ τῆς ἀνάγκης, *ex neceſſitate*, illa ἐκ τῆς προαιρέσεως, *ex voluntate* proficiſcatur. Eademque eſt ratio ſententiæ, ſi forte judex adeo excors ſit, ut agnationem inter duos exiſtentem ratione aliqua motus dirimat; aliter atque ſi nullam inter eos agnationem eſſe pronuntiet, quo caſu merito jus facit ſententia & pro veritate habetur. *l.1.in fin. l.2.l.3.pr.de lib.agnoſc.* Et in univerſum ſtatus hominis vel conditio perſonæ pactis mutari non poteſt. *l.liberos.10.C.de lib.cauſa.* Denique ſicut pacto effici non poteſt, ut is agnatus ſit, qui agnatus non eſt, nec contra: ita quoque ut coheres ſit aliquis, cui neque teſtamento neque lege defertur hereditas, fruſtra cavemus. *l.epiſtola.52.pr.hoc tit.*

3. Quæſitum eſt, an valeat conventio vivo adhuc teſtatore facta, ne heres Falcidia utatur,

utaur, & certam pecuniam, si contra fecerit, præstet? Et Papinianus in *l. quod bonis.* 15. §. 1. *ad leg. Falc.* respondet hujusmodi conventionem tanquam juri publico contrariam non valere. Qua eadem ratione nec testator ipse olim in suo testamento Falcidiam prohibere potuit: quia nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest.* 55. *de legat.* 1. Cæterum quoniam jure novissimo testatori permissum est vetare, ne heres Falcidia utatur. *Nov.* 1. *c.* 2. putavit Cujacius in *l. pactum.* 46. *hoc tit.* & cum Cujacio Busius, hodie etiam vivo testatore privata conventione remitti Falicidiam posse, contra responsum Papiniani in *d. l. quod bonis.* §. 1. *ad leg. Falcid.* Quod probare non possum. Abutitur Cujacius ratione Jurisconsulti, dum eam nimis generaliter accipit. Quod potest fieri, inquit, testamento, potest & pacto. Verum est; sed id demum procedit mortuo testatore, cum jam hereditas aut legatum delatum est, aut saltem testamentum morte confirmatum, ut jam amplius voluntas revocari nequeat.

4. Hæc enim est sententia *d. l.* 46. sicut testator potuit testamento suo cavere, ne ab herede satisdatio legatorum nomine exigatur ita & post mortem testatoris legatarius, qui satisdationem exigere poterat, eam pacto potest heredi remittere. Neque vero cur olim heres Falcidiam vivo testatore remittere non potuerit, hæc ratio est, quod nec testator huic legi derogare potuit; sed hæc, quod eo tempore institutus necdum heres dici potest, nec ullum plane jus ei natum est, cum testamentum pro libitu testatoris mutari queat: quæ ratio etiamnum obtinet. Et sic omnino accipiendum, quod Jurisconsultus in *d. l.* 46. ait licere sui juris persecutionem aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere: nimirum non juris prorsus incerti, & quod in nuda atque imaginaria spe positum sit, cujus remissio jure nostro nullum momentum habet: sed juris aut jam delati, aut alias ita oblati, ut nisi die aut conditione differretur, statim illud agnoscendo acquirere possemus. Sane post mortem testatoris conventio facta, ne heres Falcidia utatur, valet: eaque Ulpiani sententia est in *l. qui quod.* 46. *ad leg. Falcid.* & Marcelli in *l. si patronus.* 20. §. 1. *de donat.* confirmata a Justiniano *l. ult. C. ad leg. Falc.* ex quo loco apparet inter veteres etiam de hoc ipso dubitatum fuisse. Eadem ratione sanxit idem Justinianus, ut si quis a patre certas res pecuniamve acceperit, pactusque fuerit de querela inofficiosi adversus patris testamentum non movenda, hujusmodi pacto non prægravetur, possitque nihilominus non agnitum patris judicium oppugnare: quamvis post mortem patris recte paciscatur de querela inofficiosi, quæ jam ei nata est, non movenda, eique renuntiare possit. *l. si quando.* 35. §. 1. & 2. *C. de inoff. test.* additur & hæc ratio, quod filii meritis magis ad paterna obsequia provocandi sunt, quam pactionibus adstringendi.

5. Hoc amplius putat Ant. Faber non valere conventionem, quantumvis post mortem testatoris factam, de remittendo legato aut fideicommisso conditionali. Valet quidem talis pactio, si transactionis causa facta sit aliquo accepto vel retento. *l.* 1. *C. hoc tit. l.* 11. *C. de transact.* Sed valere negat Faber eam, quæ fit gratuito & citra caussam transactionis tantum animo remittendi. Et quare? quia, inquit, tale pactum destruit voluntatem testatoris, quam ex contrario transactio præsupponit. facit Paul. 4. *sent.* 1. §. *rogati.* Ego autem didici etiam gratis pacisci licere. *l. & uni.* 21. §. 4. *hoc tit. l. cum proponas.* 16. *C. eod.* Nec obstat, quod legatum aut fideicommissum pendente conditione repudiare non possumus. *l. si ita scriptum.* 45. §. 1. *de legat.* 2. nam repudiationis & pacti diversa ratio est. Non repudiantur nisi quæ jam delata sunt. *l. is*

qui. 13. *l. nec.is qui.* 17. *in fin. cum l. seq. de acq. her. l. delata.* 151. *de verb. sign.* Pacto remitti possunt, & quæ nondum delata *d. l.* & *uni.* 21. §. 4 *d. l.* 1. & *d.l.* 16. *C. de pact.* Qui repudiat, remittit in præsens, quod ei delatum est & poterat agnoscendo acquirere. At legatum conditionale non defertur, ac proinde nec acquiri potest, quamdiu pendet conditio, mortuoque ante conditionem existentem legatario ad heredem ejus non transmittitur. *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l.* 1. §. *sin autem.* 7. *C. de caduc. toll.* Qui autem paciscitur, potest etiam in futurum remittere, scilicet cum legatum vel fideicommissum deberi & peti posse cœperit. Qui repudiat, dicit se nolle rem, quæ delata est, ad se pertinere: qui paciscitur, hoc dicit, se etsi post cœperit res deberi, tamen eam non petiturum. Quin nec repudiari potest legatum, cujus dies nondum venit, licet cesserit, veluti si ex certa die nobis legatum sit. *d.l.* 45 §. 1. *de legat.* 2. *Gœdd. c.* 6. *de contr.* & *comm. stip. n.* 15. & *seq. post Alciat. Don.* & *alios ad d. l.* 1. *C. hoc tit.* Zasius in *l.* 17. § *pen. hoc tit.* etiam hanc affert rationem, quia repudiatio tantum nititur consensu unius, & est fragilis: sed pactum nititur consensu utriusque, legatarii & heredis.

6. Cæterum nostrorum temporum simplicitas, hanc juris Romani subtilitatem, ut nimis scrupulosam, insuper habet: possumusque hodie post mortem testatoris non tantum transigere aut pacisci de hereditate legatove aut fideicommisso sub conditione relictis; verum etiam pendente adhuc conditione ea repudiare. *Bern. Autum n. censur. Gall. ad d. l.* 45. §. 1. & *ibid. Groeneweg. tract. de ll. abrog.* qui tamen male huic mori præsidium petit ex *d. l.* 2. *C. hoc tit. l. de fideicommisso.* 11. *C. de transact.*

7. De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, placet non aliter recte transigi, quam inspectis cognitisque testamenti verbis. *l.* 6. *ubi Gloss.* & *DD. de transact.* Unde quæsitum, an hoc ipso etiam prohibita videri debeat, gratuita de hujusmodi controversiis pactio facta ante tabularum inspectionem. Affirmant *Bart. in d. l.* 6. negant *Castrens.* & *Jason*; quorum sententia meo judicio probabilior; eaque defenditur his argumentis. 1. Quia *d. l.* 6. ubi transactio duntaxat prohibetur, aliquid singulare continet, ac proinde extendi non debet. 2. Quia non potest quilibet legatum aut jus sibi delatum repudiare. 3. Quia inter pactum & transactionem in casu proposito magna differentia est: quippe qui transigit, accepto forte minino pro magna summa, decipitur; cum utique velit habere, quod sibi ex testamento debetur: at is, qui ultro totum remittit, non decipitur.

8. Huic quæstioni affinis est & illa, an quis alimenta sibi testamento relicta ex liberalitate donationis causa remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætoris auctoritatem pacisci liceat, quamvis de his transigere sine prætore licitium non sit. *l.* 8. *per tot. de transact.* Et puto licere, idque ob hasce rationes. 1. Quia id nullibi prohibetur: est autem transactio ex genere prohibitorum. 2. Quia hæc transactionis prohibitio est contra regulas juris communis, ideoque non producenda ad consequentias. *l. quod vero.* 14. & *seq. de legib.* 3. Quia nemo prohibetur, quod sibi relictum est, repudiare & contemnere. Et quæso qua ratione quis impedietur, quo minus omittat & non petat, quod sibi relictum est? Quid denique interest, utrum non petat prorsus repudietve, an remittat? 4. In pacto cessat ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris requirit, ne scilicet alimentarius circumveniatur: non enim videri potest decipi, qui ultro remittit: sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum in præsens habere, quam singulis annis particulam. Visum est voluntatem testatoris conservari ei, qui liberalitate ejus uti

uti vellet, non qui contemneret. Non movet, quod relatum est in *d. l.* 8. *si uni.* 15. *de transact.* non posse alimentarium inconsulto prætore fundum in alimenta oppigneratum liberare: Nam qui vult alimenta persequi, sine prætore nihil facere potest, quo eorum conditio deterior fiat. In eadem autem *l.* 8. §. *si prætor.* 17. non de alimentario remittente, sed de prætore negligente agitur. Porro pacta de re impossibili facta, aut quæ turpem & inhonestam causam continent, quæve contra leges aut bonos mores fiunt, nullius momenti sunt. *l.* 7. §. *ait prætor.* 7. *l. si unus.* 27. §. 3. & 4. *hoc tit. l.* 6. *C. eod. l. generaliter.* 26. & *seq. de verb. oblig.* puta de furto faciendo, aliove quovis maleficio. Sed & si quis paciscatur cum aliquo, ne ob dolum suum aut furtum teneatur, si postea admissum fuerit, æquo reprobatur hoc pactum, cum magna sit illecebra peccandi spes impunitatis. *d. l. si unius.* §. 4. Diversa causa est ejus pacti, quo convenit, ut ne quod maleficium perpetretur. Cur enim de eo, quod legibus cavetur, pacisci hominibus privatis non liceat? *l. non impossibile.* 50. *eod.* Cæterum si ob eandem causam promittatur pecunia, nulla nascitur obligatio propter turpitudinem conventionis. *d. l.* 7. § *si ob maleficium.* 3. *eod.*

9. Inter pacta, quæ contra bonos mores fiunt, memoratur & pactum, quo causidicus a litigatore litem redimit, τὸ δίκης μοῖραν, sc. quo convenit, ut is nomine mercedis certam partem ejus pecuniæ, quæ adjudicata fuerit, vel majorem aliquam summam in eventum litis accipiat. *l. sumptus.* 53. *eod. l.* 7. *mandat. l.* 5. *C. de postul.* Nam ejusmodi pactio causidicis calumniose litigandi occasionem præbet, iisque artibus & strophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro ac litibus triti vel nolentes ediscunt. Lite autem finita pacisci vetitum non est de parte residui debiti remittenda advocato ob causam ejus patrimonio & fide defensam. *l.* 5. *C. hoc tit. Perez. ad d. tit. n.* 5. Illæ quoque conventiones & pacta, ut turpia & bonis moribus contraria, jure civili improbantur, quæ circa viventis fiunt successionem sive obtinendam sive repudiandam. Sed de hoc genere dicemus ex professo cap. seq.

10. Hoc autem loco non intempestive quæritur, an non saltem pactio, quæ per se non valet, vires accipiat a jurejurando, quod ejus confirmandæ gratia adhibitum est. Et Ulpianus in *d. l.* 7. §. & *generaliter.* 16. *hoc tit.* auctoritate Marcelli probat, hoc jusjurandum non majorem pacto vim tribuere, quam pactum per se habet. Et sane si conventio ideo non valet, quia natura aut turpis est aut iniqua, non debet a jurejurando ullum robur accipere, cum jusjurandum non debeat esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis. *c.* 1. *ext de jurejur. c. inter cætera.* 2. *quæst.* 4. Sed disceptationem habere potest, si lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione adjecti per se sit ἀδιάφορος, tantum contemplatione alicujus utilitatis, quæ principaliter non universos, sed singulos respiciat, valere non patiatur, an ea jurejurando firmata servari debeat. verbi causa; non valet donatio inter virum & uxorem, nec ea, quæ excedit summam quingentorum aureorum, nisi actis insinuata sit: non peccat tamen, qui donationes istas non revocat. *Gail.* 2. *obs.* 39. & *seq.* ubi & plura hujus generis exempla. Et siquidem hoc solum quæritur, an tale jusjurandum jure civili sit efficax aut obligatorium, constanter dicimus nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare posse conventionem, quæ jure civili nullius momenti sit. *l.* 5. *C. de legib. d. l.* 7. §. & *generaliter.* 16. *hoc tit. l. si quis inquilinus.* 112. §. *ult. de legat.* 1. Cæterum dicere ne conscientiam quidem jurantis religione obstringi ejus juramenti, quod neque iniquum per se nec contra bonos mores sit, nimis grave est. Recte ergo & verbo Dei

convenienter juramentis omnibus sponte præstitis hæc vis jure canonico tributa est, ut sine exceptione servari debeant, si servata non redundent in alterius præjudicium, nec in dispendium vergant æternæ salutis. *c. cum contingat.* 28. *ext. de jurejur. c. quamvis. de pact. in* 6. *c. non est obligatorium. de reg. jur. in* 6. Atque hoc in foro quoque seculari hodie servandum esse volunt. *Coller. de process. p.* 1. *c.* 10. *n.* 215. *Gail.* 2. *obs.* 39. *& seq.* & ibi citati.

Cap. XIX.

De pactis circa successiones.

1. *Pactiones de viventis hereditate obtinenda legibus nostris improbatæ: & quæ hujus rei ratio.*
2. *Non excipiuntur pacta de successione mutua, nisi militum ad communem Martis aleam pergentium.*
3. *Defenditur contra communem pacta hujusmodi natura turpia non esse.*
4. *Respondetur ad locum Papiniani in* l. 29. §. 2. de donat.
5. *Varia variarum gentium pacta circa mutuam successionem.*
6. *Concluditur ex præcedentibus, posse statuto induci, ut pactis hereditas detur; & jure Canonico hujusmodi pacta juramento confirmari.*
7. *Pactionem de obventura hereditate generaliter conceptam sine designatione certæ personæ valere.*
8. *Eandem pactionem non valere, si is, de cujus hereditate agitur, certus sit, nisi is consentiat, & in voluntate usque ad extremum perseveret.*
9. *Aliter, quam vulgo, exponitur* l. 2. §. 2. de hered. vel act. vend.
10. *Explicatio* §. ult Inst. de leg. agn. success.
11. *Pactis hereditatem non magis conservari, quam dari posse, contra quam vulgo creditur, multis documentis ostenditur.*
12. *Respondetur ad argumentum in contrarium allatum ex* l. non aliter. 18. de adopt.
13. *Etiam pacta de non succedendo improbata esse: utut hæc minus odiosa, quam illa de succedendo, & cur minus odiosa.*
14. *Quibus distinctionibus adhibitis respondendum, cum quæritur, an pactum, quo successioni renuntiatur, valeat, si renuncians tantum acceperit, quantum ei obventurum fuerat.*

1. APUD Romanos turpe atque impudens habitum fuit, de hereditate viventis solicitum esse: ob eamque causam pactiones de futura successione, quæ heredipetis captandæ mortis alienæ, & more vulturum cadaver (ut ajunt) expectandi occasionem præbent, ut odiosæ ac periculosæ, legibus civilibus merito improbatæ sunt: quales illæ in primis, quæ fiunt de hereditate viventis obtinenda: interpretes pacta de succedendo affirmativa vocant; ut ecce, pactus sum cum Titio, ut ille me, aut ego illum heredem facerem, vel ut ille mihi, ego illi succederem; hæc conventio inutilis est. *l. pactum quod.* 15. *C. hoc tit. l.* 5. *C. de pact. conv. tam sup. dot. l.* 4. *C. de inut. stip.* in

in tantum ut nec pœna in contrarium promissa peti possit. *l. stipulatio hæc. 16. de verb. oblig.* Idque non unam ob causam constitutum est: primum ne turbetur ordo publicus, quo hereditates deferuntur: non deferuntur autem nisi testamento aut lege. *d.l.5.C.de pact. conv. tam sup.dot.l.ult. de suis & legit.§.ult. Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Deinde quia hujusmodi pactio tollit aut constringit libertatem testandi, quod leges nostræ aversantur. *l. 1. C. sacros. eccles. d. l. 15. C. h. t.* Pactio enim revocari nequit. *l. 5. C. de obl. & act.* voluntas autem testatoris ambulatoria esse debet usque ad vitæ supremum exitum. *l. 4. de adim. leg.* Tertio quia contra bonos mores esse tales pactiones creduntur, ut quæ votum inducant desiderandæ & captandæ mortis alienæ. *d. l. stipul. 61. de verb. obl. l. 4. C. de inut. stip. l. 11. C. de transact.*

2. Cumque eædem rationes militent & in pactis reciprocis de successione mutua, ne hæc quidem jure nostro rata esse recte defendit *Gœdd. tract. de contr. & committ. stip. c. 6. conclus. 7. n. 82.* contra *Mys. obs. 33. & Gail. 2. obs. 126.* Atque hoc satis perspicue elucet ex *l. licet. 19. C. hoc tit.* ubi nominatim etiam mutua hujusmodi pacta improbantur exceptis militum ad discrimen prælii pergentium, ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντων *Bas. h. t. c. 60.* in quo jus singulare, quod ad consequentias trahi non oportet. *l. 14. & seq. de leg.* Et tamen ne hoc quidem casu pacta commilitonum περὶ ἀλληλοκληρονομίας valent in vim pacti, sed in vim ultimæ voluntatis ac reciprocæ institutionis, ut pro arbitrio paciscentium revocari queant, sicut recte docet *Cyn. in l. ult. C. hoc tit. n. 19. & DD. comm. d. l. licet. 19. C. eod. add. Boer. decis. 204. n. 14. & seq.* Itaque pacta illa reciproca de succedendo inter conjuges, facta in dotalibus instrumentis, quæ hodie plerisque locis recepta, non tam sustinentur auctoritate juris, quam vi consuetudinis aut legis municipalis. Et quoniam istiusmodi pacta liberam testandi potestatem constringunt, votumque inducunt captandæ mortis, atque ideo bonis moribus contraria esse dicuntur, ob hanc causam nec statuto nec jurejurando ea confirmari posse plerique tradiderunt. *Borcholt. tract. de pact. c. 5. n. 66. & seqq. Gail. 2. obs. 125. Sichard. in l. 3. n. 3. C. de collat. Fachin. 8. contr. 72. & ibi alleg.* quæ tamen in re vix est, ut iis simpliciter assentiri queam.

3. Etenim si seposita juris civilis auctoritate ex ratione juris naturæ aut gentium rem æstimare velimus, non sunt talia pacta natura turpia, sed more civitatis Romanæ, sive, ut Cujacius in *l. 26. de verb. oblig.* sunt contra bonos mores populi Romani. Nam primo natura turpe non esse libertatem coercere testandi ex eo patet, quod multis etiam e repub. visum est, nimiam testandi licentiam præcidere, utique hactenus, ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quinetiam Bodinus *lib. 5. de repub. c. 2.* auctor est, solis Atheniensibus usurpatam fuisse infinitam illam legandi licentiam, eamque ab his acceptam Decemviros in duodecim tabulas retulisse: Cæterarum autem gentium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret; eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos aliosque populos uti. Sed & apud gentes quasdam nullus omnino testamentorum usus fuit, ut apud Germanos, teste Tacito *de morib. Germ.* ac ne nunc quidem testamenti faciendi jus obtinet in Geldria & diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ finitimis. Ut proinde liberæ istius facultatis testandi non usque adeo magna ratio habenda videatur, præsertim quod ad eas personas attinet, quibus alias debetur hereditas. Sed & Imperator Leo, qui ob singularem sapientiam Philosophus appellatus est, aperte *d. l. pactum quod. C. hoc tit.* ut iniquam damnat & abrogat, eo quod statuat ἐναντία τῆς φυσικῆς παρὰ γονέων τέκνοις ὀφειλομένης ἰσονομίας, ἀδικίας ἢ

θύραν ἀνοίγῃ κατὰ τοῦ παιδὸς τῷ πατρί, &c. *contraria naturali, quæ a patribus liberis debetur, æquabilitati, patrique adversus filium ad iniquitatem fenestram aperiat:* Atque hanc Leonis constitutionem, qua abrogatur *d.l. pactum quod.* Gallorum moribus receptam esse testatur Cujac. in *l.* 26. *de verb. oblig.* Altera illa ratio, quod hujusmodi pacta inducant votum captandæ mortis, & consequenter peccandi præbeant occasionem, neque certa est, neque necessaria. Quorundam vero hominum improbitas impedire non debet, quominus id quod in se nullam iniquitatem aut turpitudinem continet, jure publico fieri permittatur. Et alioqui eadem ratione nec bonorum omnium donatio retento usufructu. *l. si quis argentum.* 35. §. *sed si quidem.* 5. *C. de donat.* nec pupillaris substitutio in iisdem tabulis scripta, quibus pater sibi heredem instituit. §. *sin autem.* 3. *Inst. de pupill. substit.* nec mortis causa donationes, nec denique heredis palam facta nuncupatio permittenda fuerit: quæ tamen omnia jure civili permissa sunt; & haud dubie ideo, quia certum & constans votum captandæ mortis non inducunt.

4. Non movet *l.* 29. §. 2. *de donat.* ubi Papinianus satis aperte indicat, paciscentes de hereditate viventis adversus bonos mores & jus gentium facere & festinare. Nam in hoc genus disputationibus non auctoritate, sed ratione certandum est: & solent Jurisconsulti Romani etiam id appellare jus gentium, quod a lege civili vim accepit, non solius populi Romani, sed aliarum quoque circa nationum; quod tamen cum non sit pars illius juris communis, quod proprie jus gentium dicitur, sed ad cujusque populi indolem accommodatum sit, ab uno populo aliis inconsultis mutari potest, ut multis ostendit *Grot. lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 8. & *lib.* 3. *c.* 6. & *seqq.*

5. In Germania valent pacta, ut vocant, fraternitatum de mutua successione inter Principes, aut alias illustres personas: item pacta de unione prolium, de quibus *Gail.* 2. *obs.* 125. & 127. Quibusdam in locis etiam pactis dotalibus super hereditate vel tota, vel pro parte ita mutuo disponitur, ut ea disputatio altera parte invita aut ignorante revocari nequeat. *constit. Palatin. tit.* 5. *von testamenten und letsten willen.* Apud alios ita, ut tamen alter inscio aut invito altero dispositionem mutare possit: rata autem maneat, si mutata non fuerit. *Sichard in l.* 3. *C. de collat. Mynf.* 2. *obs.* 33. *Boer. decis.* 204. *n.* 16. *Wesenb. conf.* 63. *in fin.* Quæ autem natura turpia sunt, & honestati contraria, ea semper & ubique turpia sunt, saltem apud gentes moratiores, & bene secundum naturam se habentes. Apud nos etiam pactum dotale, quo parens, qui alteri superstes erit, ad successionem ultimi ex liberis defuncti vocatur, subsistit, tametsi lex patria parentem superstitem ab hereditate liberorum secludat. *Neost. ad. rer. judic.* 2. Et quamvis non ob id vero pacto dentur hereditates, cum pacto datum actionis jure exigi possit; hereditates autem pacto datæ nullam actionem pariant, sed unius voluntate revocari queant, & hoc tantum pactis sponsalitiis agatur, ut contrahentium singuli sibi liberisque suis jus succedendi ab intestato eligant, vel novum, si velint, constituant: lege tamen caveri honeste potest, ut ne liceat talia pacta invito aut ignorante altero revocare. Imo non satis honeste facere videtur, qui illa clam altero revocat citra gravem causam.

6. Ex quibus omnibus effici videtur, posse jure publico constitui, ut etiam pactis hereditas detur, si non simpliciter & absolute; utique tamen multis casibus, veluti inter virum & uxorem, inter fratres & sorores, cæterasque personas, quæ alias jure legitimo aut honorario ad successionem venturæ sunt. Forte & morum populi innocentia

centia ſpectanda, in quem ob id ſiniſtra illa ſuſpicio non facile cadat. Unde Zaſius dicebat, ea quæ de voto captandæ mortis proferuntur, Italis eſſe relinquenda. *conſil.* 1. *n.* 38. *lib.* 2. quod ſi ſtatuto, (utique quod legis vim habet) induci poteſt, ut pacto detur hereditas, poterit & juramento talis pactio confirmari, ratumque id jusjurandum erit jure canonico, quia ſervari poteſt ſine diſpendio ſalutis, per ea, quæ *cap. præced. Bald. in c.* 1. §. *moribus. ſi de feud. def. content. ſit int. dom. & agn. vaſ. Decius conſ.* 516. *n.* 5. & *conſ.* 656. *n.* 12. *Cravett. conſ.* 139. *n.* 8. *Johan. Ramat. in c. quamvis. ext. de pact. in* 6. *n.* 17. & *ſeq. Menoch. conſ.* 1. *n.* 168. Pacti affirmativi de ſuccedendo ſpeciem faciunt & pactionem de hereditate tertii: cæterum minus recte. Nam tali pacto non agitur de ſuccedendo, neque ex eo peti aut vindicari poteſt hereditas: ſed nihil aliud eſt, quam conventio de communicanda aut dividenda hereditate obventura.

7. Et ſiquidem tale pactum generaliter conceptum fuerit, nullius certi hominis deſignata hereditate, veluti ſi inter duos ita coita ſit ſocietas, ut ſi qua hereditas alterutri obvenerit, ea communis ſit, placet conventionem valere. *l.* 3. §. 2. *pro ſoc.* Ratio eſt, quoniam cum in genere de incerti hominis hereditate obventura paciſcimur, caret illa conventio omnibus illis incommodis, ob quæ diximus pacta de hereditate viventis jure noſtro improbari.

8. Si vero is tertius, de cujus hereditate agitur, certus ſit, puta ſi duo paciſcantur de hereditate Titii, quam forte jure legitimo ſibi obventuram ſperant, talis quoque conventio inutilis eſt, eamque diſerte improbat Juſtinianus, propterea quod incivile & contra bonos mores ſit, viventis hominis bona in ſortem & diviſionem vocari, atque ita quaſi mortem ejus voto & ſpe præcipere. *l. ult. C. hoc tit.* addit tamen temperamentum aliquod, nempe ut ita non valeat ſuperior pactio, niſi is, de cujus bonis agitur, conſentiat, & in ea voluntate ad extremum uſque vitæ ſpatium perſeveret, quo caſu hujuſmodi pactionem vult ratam haberi. Non exigit, ut in ipſo inſtanti, quo fit iſta conventio, conſenſus hic interveniat: & ideo licet ab initio tale pactum factum ſit inſcio illo tertio, de cujus hereditate agitur, ſi tamen is certior factus poſtea conſenſerit, in eaque voluntate perſeveraverit, puta pactionem confirmari. Et quid refert, an tunc, an poſt vel ante conſenſus intervenerit, ut nulla conſentienti injuria fieri intelligatur? *Ant. Fab. Cod. ſuo for. hoc tit. defin.* 10. diſſentit tamen Jul. Pacius in *d. l. ult.* ſed levi argumento, quod cuivis promptum ſolvere.

9. Huic autem ſententiæ, quod non valet pactio de hominis certi hereditate, objicitur *l.* 2. §. 2. *de her. vel act. vend.* ubi Ulpianus ſcribit ſubſtitutum impuberis recte vendere hereditatem impuberis, & maxime ſi ea jam delata ſit. Ergo valet ea venditio, ſive jam impuberis hereditas delata ſit, ſive non ſit: ex quo effici videtur, valere venditionem hereditatis impuberis etiam adhuc viventis. Reſpondent nonnulli particulam *maxime*, quæ nota eſt collationis, in *d. l.* 2. §. 2. poſitam eſſe pro *utique*, quæ nota eſt κατασταλῆς ut hic ſit ſenſus, valere venditionem hereditatis impuberis, cæterum ita, ſi jam delata ſit, hoc eſt, ſi impubes jam mortuus ſit. *Bronch. cent.* 1. *aſſert.* 30. *Diod. Tulden. Cod. de pact. n.* 6. Sed non eſt neceſſe, ut ad hanc reſponſionem confugiamus. imo falſum eſt non poſſe vendi hereditatem, niſi quæ delata ſit. Poteſt enim vendi & quæ nondum delata eſt, puta ſi vendatur pendente conditione, ſub qua venditor heres inſtitutus eſt, & in ſpecie *d. l.* 2. §. 2. ſubſtitutus eſt impuberi. Cæterum

ita,

ita, dum sit hereditas, si testator aut impubes jam mortuus sit: nam viventis nulla est hereditas. *l. 1. de her. vend. facit l. & uni. 21. §. 4. hoc tit. l. 1. l. cum proponas. 16. C. eod. add. c. praeced.* Unde apparet vitiosam esse hanc collectionem, pacisci licet etiam de hereditate nondum delata, ergo & de hereditate viventis. Ita & Jul. Pacius ad *l. ult. C. hoc tit.*

10. Objici solet & quod scriptum est in §. *ult. Inst. de leg. ag. success.* patrem, qui liberos ex pacto fiduciae sibi remancipatos manumittit, ex eo consequi, ut legitimam eorum successionem obtineat. Sed hoc non eam habet significationem, quasi pater ea lege emanciparet liberos, ut ipsis succederet: sed cum in emancipatione liberi manciparentur alii, atque ita traderentur in imaginariam quandam servitutem. *l. 3. §. 1. de cap. min. §. praeterea. 6. Inst. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ne in ea servitute manerent, mancipabantur contracta fiducia, id est, ea lege, ut patri ab emptore imaginario remanciparentur, quo ipse deinde eos manumitteret: quae conventio ad potestatem liberorum, non ad eorum hereditatem obtinendam pertinuit. Quanquam si ex lege fiduciae sibi remancipatos pater manumisisset, in eorum bonis jus legitimae successionis nanciscebatur. *d. §. Inst. de legit. agn. success.*

11. Quidam existimaverunt, etsi hereditas pactis dari non potest, posse tamen pactis conservari. *arg. l. non aliter. 18. cum seqq. de adopt. l. quidam. 132. de verb. oblig. cum similib. Sichard. in authent. non licet. C. de lib. praet. n. 18. Gœdd. de contr. stip. concl. 6. n. 88. Bart. in l. ult. C. hoc tit.* quod & ipsum tamen verum non esse bene post *Bologn. in d. l. ult. n. 93.* ostendit *Tim. Fab. anniverf. disp. 21. 1.* quia ut filius a patre naturali in adoptionem extraneae personae datus jura sui heredis apud patrem naturalem retineret, lege opus fuit. *l. pen. C. de adopt. §. sed ea omnia. 14. Inst. de her. quae ab int. def.* 2. quia nec filius, quem pater emancipat, retinere sibi potest jus legitimae successionis in bonis patris, nec agnati in facultatibus emancipati, nec pater filio, quem dat in adoptionem. *d. l. pen. C. de adopt. d. §. sed ea. 14. & §. emancipati. 9. Inst. de her. quae ab int.* 3. Quia nemo potest libertatem de supremis judiciis constringere, vel cognatum ulteriorem proximioribus paciscendo praeferre. *l. cum duobus. 52. §. idem respondit. 9. pro soc.* Sic in specie *l. pactum quod. 15. C. hoc. tit.* pacto non potuit pater servare successionem filiae: quemadmodum nec in casu *d. l. quidam. 132.* vers. *quare sic. de verb. obl.* sed conventio illic proposita non ad aliud prodest, quam ut poena promissa, si contra factum sit, committatur: qui locus proinde non oppugnat, sed confirmat hanc sententiam.

12. Similiter non obstat huic sententiae, quod adrogator impuberis tenetur cavere servo publico, se, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum ea, quae ex bonis ejus consecutus est, illis, ad quos ea res pertinet. *l. non aliter. 18. & seq. de adopt.* Nam haec cautio non ad conservationem juris eorum, ad quos alias res perventura esset, pertinet; quippe qui & omissa ea idem juris haberent. *l. his verbis. 19. §. 1. d. tit.* sed ad eorum securitatem. Adveniente denique ea adrogati aetate, qua testamentum facere possunt, qui sui sunt juris, evanescit. *§. 3. Inst. eod.*

13. Non tantum pactum affirmativum de succedendo, verum etiam negativum de non succedendo jure nostro improbatur, puta quo quis futurae successioni renunciat. *l. ult. de suis & legit. her. l. 3. C. de collat. c. quamvis. ext. hoc tit. in 6.* Hoc vero pactum, cum nec libertatem testandi impediat, nec votum inducat captandae mortis alienae,
longe

longe minus odiosum est, quam superius illud de succedendo: & ideo a statuto robur accipere posse pene extra controversiam est, & jurejurando quoque confirmari Canones expresse voluerunt. *d. c. quamvis.* Tantum ideo improbatum est, quia privatorum cautiones, auctoritate legum, quæ certos duntaxat modos non modo acquirendæ, sed etiam amittendæ hereditatis constituunt, non censentur. *l. ult. de suis & legit.*

14. Quid si is, qui pactus est, tantum acceperit, quantum ei ex hereditate, cui renuntiavit, obventurum fuisset? Adhibenda hic non una distinctio. Primum interesse puto, utrum is renuntiaverit, qui solummodo jus habet succedendi ab intestato, an qui & jus querendi de inofficioso. Deinde an ille, cujus successioni renuntiatum est, testatus decesserit, an intestatus. Si intestatus non obstante pacto, succedetur ex lege, ut tamen, quod renuntians accepit, reliquis conferatur. *l.* 3. *C. de coll.* Si vero testatus, cessat potestas legis proximo hereditatem deferentis, & illud quæritur, an vi renuntiationis & pacti renuntians a querela excludatur. Tametsi autem hoc quidam simpliciter affirmant, si quantitas accepta exæquet portionem legitimam. *arg. l.* 1. §. 3. *si a par. quis man.* referre tamen hic arbitror, quo titulo quid datum acceptumque sit; & præterea distinguendum inter jus vetus & novum. Jure veteri quod mortis causa donatum erat, quamvis filio, & nulla interveniente renuntiatione, id imputabatur in legitimam, & querelam excludebat. *l.* 8. §. *si quis mortis.* 6. *de inoff. test.* quod autem inter vivos donabatur non aliter, quam si ea contemplatione donaretur, ut in quartam haberetur. *l. si non.* 25. *d. tit.* Jure autem novo ne pactum quidem renuntiatorium obstat filio. *l. si quando.* 35. §. 1. *C. de inoff. testam.* multoque minus jure novissimo, quo liberi legitimam habere debent titulo institutionis. *Nov.* 115. *c.* 3. Ad hunc ferme modum hæc explicat & *Bachov. ad Treutl. disp. hoc tit. thes.* 8. ubi etiam observandum notat, quod in specie *d. l.* 1. §. 3. *si a par. quis man.* pater non ipso jure, sed beneficio exceptionis excluditur: licet ibi non de querela inofficiosi, sed bonorum possessione contra tabulas agatur.

Cap. XX.

De pactorum cæterarumque conventionum interpretatione.

1. *In omnibus negotiis, etiamsi verborum aliqua sit ambiguitas, primum spectandum esse, id quod actum est: atque ejus sententiam inspici, qui sermonem protulit.*
2. *Si non apparet, quid actum sit, id accipi debere, quod est verisimilius & rei gerendæ aptius, aut quod plerumque fieri solet.*
3. *Si ne illud quidem appareat, in dubio sequendum quod minus est, quod noceat ei, qui loqui potuit apertius.*
4. *Pactionem obscuram vel ambiguam non tantum venditori, locatori, stipulatori nocere: verum etiam emptori, conductori, promissori, si ipsi legem obscuram dixerint*
5. *Species* l. si mihi & Titio. 110. §. 1. de verb. oblig.
6. *Respondetur* ad l. in lege. 29. locat.
7. *In judiciis orationem ambiguam pro actore interpretamur.*
8. *Redditur diversi hujus juris ratio.*
9. *Locus Ulpiani in* l. 5. §. ult. de rei vind. *expositus.*

1. IN omnibus negotiis, etiamsi re constent, primum inspicienda est paciscentium & contrahentium voluntas, atque id quod actum est, pro cauto habendum. *l. semper.* 34. *de reg. jur. l.* 3. *de reb. cred.* & quamvis verborum aliqua sit ambiguitas, id tamen ante omnia spectari oportet, quod cogitatum taciteque actum est. *l. ubi.* 21. *l. cum in testamento.* 24. *de reb. dub. l. in lege.* 77. *de contr. empt.* Nam qui ambigue loquitur, id loqui intelligitur, quod ex his, quæ significantur, eum sensisse credibile est. *l. Nepos Proculo.* 125. *de verb. sign.* in quo placet ejus sententiam & affectionem maxime spectari, qui sermonem protulit, τὸ ἀφηγησαμένου. *l. in ambiguis.* 96. *l. rapienda.* 168. §. 1. *de reg. jur. l.* 3. *de reb. dub.* Atque hic habet locum, quod dici solet, unumquemque esse interpretem suorum verborum. Exempli causa, si quis triticum sibi dari stipulatus sit sine adjectione mensuræ, hæc quidem stipulatio imperfecta est. *l. ita stipulatus.* 115. *de verb. oblig.* cæterum si forte ex tractatu prius habito appareat, de certi generis certæque quantitatis tritico cogitatum & actum esse, id pro expresso habebitur. *l. triticum.* 94. *eod.* Nec obstat *l. quidquid.* 99. *eod.* quoniam ille textus tunc demum locum habet, quando non apparet, quid actum sit. Semper enim, etiam in stipulationibus, quod actum est, in primis attendi debet. *l. semper.* 34. *de reg. jur.* Aliud exemplum suppeditat *l. qui cum tutoribus.* 9. §. *ult. de transact.*

2. In dubio autem si non apparet, quid actum vel cogitatum sit, commodissimum est id accipi, quod rei gerendæ est aptius. *l. quoties.* 67. *de reg. jur.* seu quo res, de qua agitur, magis valeat & in tuto sit, quam pereat. *l.* 12. *l. ubi.* 21. *de reb. dub. l. quoties.* 80. *de verb. obl.* Omnino autem hic inspiciendum erit, quod est verisimilius. *l. in obscuris.* 114. *de reg. jur.* Exempla habemus in *l. si venditor.* 38. §. 2. *de act. empt. l. in lege.* 29. *locat.* & elegans in *l. insula.* 13. *qui pot. in pign.* ubi quod in lege venditionis non aperte dictum est, in dubio pro venditore Jurisconsultus interpretatur; quoniam ex conjecturis verisimile est id in specie illic proposita inter contrahentes actum esse, ut jus pignorum ob pensionem ab inquilino acceptorum ad venditorem primum pertineret, cui prioris anni pensio ex obligatione principali, quam pignus sequitur, accederet. Stipulatus est aliquis intra certum tempus Carthagini sibi dari, cum duæ sint Carthagines, verborum est ambiguitas. Cæterum etsi promissor cogitaverit de una, in quam intra id tempus perveniri non potest, stipulator autem de altera, stipulatoris potius accipietur sententia, & quoniam rei gerendæ aptior est: & alioqui res contracta tuto in loco esse non potest. *l. ubi.* 21. *de reb. dub.* Eadem ratione, ut res magis valeat, quam pereat, in hac specie, cum tabernam debitor creditori pignori dederit, & quæsitum esset, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur, Scævola respondit, ea quæ mortis debitoris tempore in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videri. *l. pen. de pign.* Hoc enim inter contrahentes potius actum fuisse versimile est. Sequemur autem in hujusmodi negotiis id quod in regione, in qua actum est, frequentatur, aut τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γινόμενον. *Harmenop. lib.* 1. *tit.* 15. §. 15. quod plerumque fieri solet. *l. semper.* 34. *l. in obscuris.* 144. *de reg. jur.* Exempla in *l. quod si nolit.* 31. §. *quia assidua.* 20. *de ædil. edict. l. quæ conditio.* 39. §. 1. *de cond. & dem. l. si pactum.* 9. *de probat.*

3. Quod si ne id quidem appareat, locus erit regulæ Ulpiani in *l.* 9. *de reg. jur.* atque in dubio sequemur, quod minus est. Idque non in conventionibus tantum & contractibus

ctibus obſervatur. *l. inter.* 83. §. 3. *l. quidquid.* 99. *de verb. obl. l. ult. de præt. ſtipul.* verum etiam in aliis cauſis, puta in irrogatione pœnarum. *l. ſi præſes.* 32. *l. interpretatione.* 42. *de pœn.* in diverſis judicum ſententiis. *l. inter pares.* 38. §. 1. *de re jud. l. diem proferre.* 27. §. 3. *de rec. arbitr.* in teſtamentis. *l. cum ſervus.* 39. §. *ſcio.* 6. *de legat.* 1. *l. Sempronius.* 47. *de legat.* 2. *l. qui concubinam.* 29. §. 1. *l. nummis.* 75. *eod.* 3. Ex ejuſdem regulæ ratione eſt, quod veteres probaverunt, in ambigua vel obſcura oratione id accipi oportere, quod noceat ei, cui liberum fuit re integra loqui apertius, & verba latius concipere.

4. Et Papinianus quidem reſpondit, veteribus placuiſſe, pactionem obſcuram vel ambiguam venditori & qui locavit, nocere; utpote in quorum poteſtate fuerit, legem apertius conſcribere. *l. veteribus.* 39. *hoc tit.* ut & Paulus *l. in contrahenda.* 172. *de reg. jur.* Et Celſus, cum quæritur in ſtipulatione quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda eſſe ait; quia ſtipulatori liberum fuit verba late concipere. *l. quidquid.* 99. *de verb. obl. l. cum quæritur.* 26. *de reb. dub.* Quibus etiam hæ Græcorum regulæ *lib.* 11. *Baſil.* & apud Harmen. *lib.* 1. *tit.* 15. conveniunt; ἐν τοῖς ἀμφιβόλοις τὴν ἐπερώτησιν κατὰ τοῦ ἐπερωτήσαντος ἑρμηνεύομεν. item, τὸ ἀσαφὲς ἢ ἀμφίβολον σύμφωνον κατὰ τοῦ πράτου καὶ τοῦ μισθώσαντός ἐστιν. Cæterum id ipſum quoque & in emptore & conductore, & promiſſore ſimiliter admitti debet, ſi & ipſi legem obſcuram dixerint, nec appareat, quid inter contrahentes actum ſit. Etenim vel ipſa naturalis ratio docet, unumquemque contrahentium ſibi imputare ſuæque imprudentiæ expenſum ferre debere, quod non apertius locutus fuerit. Merito itaque Paulus pactum emptioni appoſitum ſecundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minuſque aperte locutus fuerat, interpretatur in ſpecie *l. ſi in emptione.* 34. *pr. de contr. empt.* item Marcellus in *l. comprehenſum.* 60. *eod.* Sed & Celſus in *d. l. quidquid.* 99. *de verb. oblig.* poſtquam de ſtipulatore verba fecit, ſtatim ſubjicit de promiſſore in eandem ſententiam, *Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, ſi ejus intererit, de certis potius vaſis forte aut hominibus actum eſſe.* quod valde circa hanc quæſtionem conſiderandum arbitror; quoniam autem plerumque a venditore, locatore, ſtipulatore pactum interponitur & lex contractui dicitur, inde eſt, quod contra eos pactionem obſcuram vel ambiguam exponi auctores noſtri tradiderunt.

5. Quod ſi quis nunc quærat, cur Pomponius in *l. ſi mihi & Titio.* 113. §. 1. *de verb. obligat.* reſpondeat, non quid ſenſerit promiſſor, æſtimari debere, ſed ſtipulantis mentem ſpectandam eſſe. Dicam id ea ratione fieri, quia in caſu illic propoſito mens ſtipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipſo loquendi uſu, a quo mens promiſſoris aliena ſit. Denique non eſſe ibi orationem ambiguam, nec tam contra promiſſorem ex mente ſtipulantis, quam ex re ipſa fieri æſtimationem.

6. Similiter non obſtat reſponſum Alfeni in *l. in lege.* 29. *locat.* Nam in dubio ſemper prius inſpiciendum, quod veriſimile eſt inter contrahentes actum eſſe, ut ante diximus: ait autem Alfenus hoc potius locatorem videri voluiſſe. Quod ſi quis propius rem animadvertat, reperiet vix ullam in verbis legi contractus a locatore appoſitis ambiguitatem ineſſe: verum ea cum aut late aut ſtricte ſumi poſſint, late potius ac generaliter accipienda eſſe Juriſconſultus ait; nempe ne ſuperfluo adjecta pacto videatur illa clauſula, *neve ſinito:* cum etſi ea adjecta non eſſet conductor ſylvæ doli vel culpæ nomine teneretur, ſi quem urentem, cædentem, &c. deprehendens, non prohibuiſſet, ut notum eſt. ad hunc ferme modum & Jul. Pacius *cent.* 2. *quæſt.* 7. Hæc

autem ita observantur in conventionibus & contrahendis negotiis, cum in dubio est, quid senserint, quid egerint paciscentes aut contrahentes.

7. In judiciis vero & actionibus exercendis aliud obtinet: quippe in quibus, si quæratur, quid actum sit, orationem ambiguam pro actore interpretamur. In contrahenda venditione, ait Paulus, ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est: ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit. *l. in contrahenda* 172. *de reg. jur.* Cujus regulæ partem posteriorem Harmenopulus *ubi supra* sic interpretatur, ἡ δὲ ἀμφίβολος ἀγωγὴ τὸ πρᾶγμα τοῦ ἐνάγοντος οὐ καταβλάπτει. Id est, *ambigua vero actio rem actoris non lædit.* In eandem sententiam Ulpianus *l. si quis.* 66. *de judic. si quis*, inquit, *intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est, accipiendum est.* quod a Græcis in *Basilic.* ita redditum, ἡ ἀμφίβολος ἀγωγὴ κατὰ ἀφήγησιν ὑπὲρ τοῦ ποιήσαντος αὐτὴν ἑρμηνεύεται. Nec mirum, cum non tantum actionem editam declarare, sed etiam emendare, & mutare quoque actori liceat. *l.* 3. *C. de edend.*

8. Finge igitur Stichum judicio petitum esse, cum ejusdem nominis plures servi essent apud debitorem: is petitus videbitur, de quo actor senserit. At si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum videri poterit. *l. inter stipulantem.* 83. §. 1. *de verb. oblig.* ubi Paulus hujus differentiæ hanc esse rationem scribit, quod stipulatio ex utriusque consensu valet: judicium autem etiam in invitum redditur; & ideo actori potius credendum esse: alioquin semper negaturum reum se consensisse. Nimirum cum nulla sine consensu utriusque obligatio ex contractu oriri queat. *l.* 1. §. 3. *hoc tit. l. in omnibus.* 55. *de oblig. & act.* ideo in contrahenda obligatione non valet, quod actum est, si error aut dissensus eorum, qui contrahunt, intervenerit in rei, de qua agitur, corpore. *l. in venditionibus.* 9. *de contr. empt. l. continuus.* 137. *pr. de verb. oblig.* §. *si de alia.* 22. *Inst. de inut. stipul.* Judicium vero propter dissensum actoris & rei non fit irritum, contraria videlicet ratione, quia hic utriusque consensus non requiritur, sed in invitum quoque judicia redduntur. Sequimur autem hic id, quod apparet actorem, qui ambigua oratione usus est, sensisse, quod ei utilius est, non quod senserit reus, ne alias eludendi judicii reo præbeatur occasio, seu, ut Græci, ἵνα μὴ τὸ δικαστήριον ἀσύστατον ἀπομείνῃ, *ne judicium incertum & confusum reddatur*, nempe tergiversatione rei. Pertinet huc locus Demosthenis orat. κατὰ Στεφάνου ψευδομαρτυριῶν α. ubi judices alloquens, jurasse eos ait, se judicaturos non de iis, quæ reus vellet, sed de iis, de quibus actio esset instituta: hanc autem necesse esse actoris dictione declarari, τῇ τοῦ διώκοντος λέξει δηλοῦσθαι.

9. Non est contrarium, quod apud Ulpianum *l.* 5. §. *ult. de rei vind.* ex Pomponio relatum est, si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes; nec appareat de quo actum sit, Pomponium dicere nullam fieri condemnationem. Hoc enim tunc procedit, quando non apparet, de quo actor senserit. At cum id saltem apparet, quod actor voluit, tunc quod nos dicimus, procedit, & quod utilius est actori, qui ambigue locutus est, sequitur. Hæc paulo uberius, quam vulgo solet, exposui, ut res tota perfecte cognosceretur.

Cap. XXI.

De effectu & potestate pactorum.

1. *Pacta obligatoria naturalem obligationem pariunt.*
2. *Naturalem obligationem ex pacto natam, nisi personæ qualitas obstet, eandem vim jure civili habere, quam habet obligatio civilis, dempta sola actione.*
3. *Ad agendum & petendum efficacem non esse, nisi pactum lege confirmatum, aut contractui bonæ fidei statim appositum sit, aut placito stipulatio intercesserit.*
4. *Pacto liberatorio obligationem naturalem ipso jure tolli.*
5. *Enodatio* l. si unus. 27. §. 2. hoc tit.
6. L. qui servum. 34. §. 1. de oblig. & act. *explicatur.*
7. *Nuda conventione rebus integris ipso jure dissolvi & obligationes omnes nudi consensus.*
8. *Eodem modo tolli etiam obligationem pignoris nuda conventione contractam; nec obstare* l. 17. §. 2. hoc tit.
9. *Cæteras obligationes pacto convento non tolli ipso jure, sed ope exceptionis, aut pacti, aut subsidiariæ doli.*
10. *Pacta, quæ aliquid obligationi detrahunt, in continenti contractus facta, prodesse reo ipso jure.*

DE vi & effectu pactorum, qua voce simpliciter prolata passim in jure nostro nuda significantur, multa jam ante a nobis dicta sunt, & dici necesse fuit. Quamobrem hic erimus breviores.

1. Eorum pactorum, quæ ad obligandum comparata sunt, hic effectus est, ut obligationem naturalem producant. *l.* 5. §. 2. *de solut. l.* 3. *l.* 4. *C. de usur.* Nihil enim tam congruum est fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare. *l.* 1. *pr. hoc tit.* unde Paulus *l. cum amplius.* 84. §. 1. *de reg. jur.* eum natura debere ait, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

2. Atque hæc naturalis obligatio, nisi personæ obstet qualitas, eandem vim etiam jure civili habet, si unam dempseris actionem, quam naturalis & civilis simul. Ut ecce, potest hoc naturale debitum cum alio quovis compensari. *l.* 6. *de compens.* non datur ejus licet per errorem soluti repetitio. *l. naturaliter.* 13. *l. si pœnæ.* 19. *de cond. indeb. l.* 7. *de fidejuss. l. naturales.* 10. *de obl. & act.* Potest constitui & novari. *l.* 1. §. *pen. de pecun. constit. l.* 1. *in fin. de novat.* Potest & pignus & fidejussor huic obligationi accedere. *l.* 5. *l.* 14. §. 1. *de pign. l. naturaliter.* 13. *de cond. ind.* §. 1. *Inst. de fidejuss. l.* 6. *l.* 7. *ff. eod.* & quamvis citra vinculum stipulationis usuræ fœnebris pecuniæ peti non possint, *l.* 3. *C. de usur.* tamen pacto promissæ servari possunt per retentionem pignoris pro sorte & usuris obligati. *l.* 4. *l. pignoribus.* 22. *C. d. tit.*

3. Cæterum talis obligatio, quæ ad agendum & petendum sit efficax, jure nostro ex pacto non nascitur, nisi specialiter lege senatusve consulto, aut a prætore confir-

matum ſit. *l. 6. l. 17. §. 2. hoc tit.* aut contractui bonæ fidei in continenti appoſitum, eo quod hujuſmodi pacta pars ſunt & lacinia atque lex ipſius contractus, ſine quibus contractus initus non fuiſſet. *l. 7. § quinimo. 5. eod. l. in bonæ. 13. C. eod. l. 1. §. ſi convenit. 6. depoſ. l. contractus. 23. de reg. jur. l. 5. l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* Imo tantum abeſt, ut nuda pactio actionem pariat, ut etiamſi certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, nihilo magis in poſterum actio competat, niſi placitis ſtipulatio interceſſerit, ut reſcriptum ab Impp. *l. ſi certis. 28. C. hoc tit.* Plane enim ſi placiti ſervandi cauſa ſtipulatio interpoſita fuerit, dubium non eſt, quin ex ſtipulatione agi poſſit. *l. ſi pacta. 14. l. petens. 27. C. eod.* Quod ſi ad pactum acceſſerit & alia cauſa, puta ſi præterea ab uno quid datum aut factum ſit, jam quidem certo jure is qui dedit aut fecit, alterum ſibi ita obſtrictum habet, ut etiam civili aut honoraria actione teneatur: ſed jam illa conventio non amplius nuda cenſetur. *l. 7. §. 2. l. diviſionis. 45. l. in traditionibus. 48. hoc tit. l. debitori. 7. & ſeq. l. legem. 10. l. cum proponas. 21. C. eod.* Neque enim nudum pactum eſt, quoties certa lege aliquid datum aut factum eſſe probatur. *l. 8. in fin. l. ſolent. 15. de præſcript. verb.* Sed de his ſatis dictum eſt ſupra *capp. 5. 6. & 7.* ubi item notatum eſt, aliarum omnium gentium moribus non minus ex pacto, quantumvis nudo, dummodo ſerio, quam jure Romanorum ex ſtipulatione, actionem datam fuiſſe; quod & jure Canonico diſerte cautum ſit. *c. 1. & 3. ext. hoc tit.* & diſciplina horum temporum ſequatur.

4. Sicut autem pactum obligatorium naturalem obligationem producit, ita ex contrario pactum liberatorium naturalem obligationem ipſo jure tollit. *l. Stichum. §. naturalis. 4. de ſolut.* Eſtque hoc conſentaneum regulæ traditæ in *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur.* atque obtinet etiam, quamvis non ex conventione, ſed alia ex cauſa obligatio naturalis profecta eſt: quoniam vinculum æquitatis, quo ſolo ſuſtinetur, conventionis æquitate diſſolvitur, ut diſputat Papinianus *d. l. Stichum. §. 4. de ſolut.*

5. Non adverſatur huic ſententiæ, quod Paulus *l. ſi unus. 27. §. 2. hoc tit.* reſpondet, prius pactum non elidi per poſterius ipſo jure, ſed opus eſſe replicatione: quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, ſed de pacto priore, quo exceptio jure prætorio quæſita erat, per poſterius pactum elidendo, quo redeat prima conditio & ſtatus obligationis, actionique vis priſtina reſtituatur. Quod obligatio naturalis ipſo jure per pactum tollitur, ei conſequens videri poterat, etiam pacti hanc eſſe vim, ut ipſo jure obligationem priorem reponat in priſtinum ſtatum perinde ac ſi pactum prius interpoſitum non fuiſſet. Cæterum hoc minime ſequitur: nam cum non obſtante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipſo jure adhuc teneat, fieri nequit, ut exceptio debitori pacto quæſita poſteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non poſſit. Atque hoc ſignificat Juriſconſultus in *d. l. ſi unus. 27. §. 2. hoc tit.* cum ait in pactis factum verſari. Ait prius pactum per poſterius ope replicationis elidi, non ipſo jure, ſicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum eſt; addita hac ratione, quia in ſtipulationibus jus continetur, in pactis factum verſatur. Id eſt, ut ego interpretor, quia ſtipulationes ipſo jure vim ſuam exercent, eo quod his ineſt auctoritas juris: pacta autem auxilio prætoris egent, & ſine jure ex ſolo conventu ſervantur. Itaque quatenus pactum prius tuitione prætoris juvatur, hactenus quoque auctoritate prætoris requiritur, ad elidendam exceptionem jure honorario firmam. Hinc eſt, quod quidem etiam

etiam pacta nobis prosint ad liberationem sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio, cum in facto rei posita sit, recte dicitur in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic receptionis & replicationis ratio est. In stipulationibus autem jus continetur, id est, per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam, eamque secutam acceptilationem hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut exstipulationis exceptione & objectione.

6. Atque huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum.* 34. §. 1. *de obl. & act.* scribit, eum qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare, se debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, quod non teneatur, hoc vero, inquit, facere est tutius: quia scilicet dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit ipso jure. *add. Cujac. Bus. & Ant. Fab. ad d. l. si unus.* 27. §. 2. *hoc tit. Donell. ad l.* 5. *C. eod. Borcholt. de pact. c. ult. n.* 58. *& seqq. Bachov. ad hunc tit. c. de effect. pact. lib.*

7. Præterea ipso jure nuda conventione tolluntur obligationes omnes quæ nudo consensu contractæ, dummodo rebus integris a contractu abeatur. *l.* 7. §. *adeo.* 6. *l. ab emptione.* 58. *hoc tit. l.* 3. *l.* 5. §. 1. *de resc. vend. l.* 1. *l.* 2. *C. l. quand. lic. ab empt. discedere.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt. *l. nihil tam naturale.* 35. *de reg. jur. l. prout.* 80. *de solut.* Nam etsi hujus generis contractus obligationem quoque civilem, hoc est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse: tamen quia obligatio ista mero & nudo consensu constat, totaque est ex jure gentium, nihil habens a jure civili præter generalem quandam approbationem, quod extrinsecum quid est, & accidentarium, ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, in quo actio fundetur. Eadem videlicet ratione, qua nulla superesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit.

8. Et secundum hæc recte defenditur, etiam obligationem pignoris, quæ jure prætorio nuda conventione constituitur, *l.* 1. *de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi: licet obstare videatur, quod a Paulo traditur *l. si tibi.* 17. §. 1. *hoc tit.* de pignore ex pacto jure honorario actionem nasci: tolli autem per exceptionem, quoties paciscor, ne petam. Nam bene a Negusantio *tract. de pign. part.* 6. *memb.* 3. *n.* 3. & a Bachovio *lib.* 5. *de pign. c.* 6. observatum est, loqui Jurisconsultum de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad dissolutionem pignoris.

9. Cæteræ obligationes pacto liberatorio de non petendo, non ipso jure, sed ope exceptionis tolluntur, ut passim *hoc tit.* & alibi, inter quæ quid intersit, ex iis, quæ modo dicta sunt, intelligi potest. Concurrit autem cum exceptione pacti exceptio doli, sicut & cum aliis exceptionibus: dolo enim malo facit, quicunque id, quod quaqua ex-

exceptione elidi potest, petit. *l.* 2. §. *item quæritur.* 4. & §. *seq. de dol. mal. except.* Sed & quotiescunque pacti exceptio dari non potest, forte quia personæ, ad quam utilitatem pacti porrigi volumus, exceptio pacti quæri non potuit, aut persona ejus pacto comprehensa non est, toties ad exceptionem doli subsidiariam confugimus.

10. Quæ pacta aliquid obligationi detrahunt, eamve imminuunt, ea si in continenti facta sint, non tantum contractibus bonæ fidei, verum etiam stipulationi insunt, ipsoque jure reo prosunt ad liberationem. *l. lecta.* 40. *de rebus cred.* De furto & injuriis lex duodecim tabularum pacisci permisit: quam ob causam quoque actiones furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur. *l. si tibi.* 17. §. 1. *junct. l.* 6. *l.* 7. §. *si paciscar.* 14. *hoc tit.* Nihil autem horum est, quin propriis quoque locis ante explicatum sit, & quidem copiosius.



TRACTA-

TRACTATUS
DE
JURISDICTIONE ET IMPERIO ACADEMICO FORENSIS.

Amplissimis, Gravissimis, Spectatissimis V. V.

D. D. CONSULIBUS REIPUBLICÆ LEIDENSIS.

NULLIUS rei cognitio, Viri Amplissimi, ad intelligentiam juris civilis Romanorum æque necessaria est, atque hujus, quod tractandum suscepimus, argumenti de Jurisdictione & Imperio; nec quenquam repertum iri credo, qui id inficiaturus sit. Cæterum cum tot in hoc argumentum extent cum veterum interpretum, tum recentiorum commentarii, inanis omnis labor, & supervacuum videri poterit, quod porro in eo tractando studium ponitur. Atque hujus quidem etiam rei contemplatio diu me suspensum tenuit, & tantum non a præsenti scriptione deterruit. Verum enimvero cum & veteres interpretes parum in hoc genere viderint, aut potius nihil (quod seculi vitio antiqui moris & memoriæ ignari adscribendum est) & recentiores, dum veterum errores taxant, ubi suam promunt sententiam, in alios non minus graves sæpe incidant; & denique cum etiam a viris magni nominis non pauca hic tam obscure & perplexe tradita sint, ut ad mentem eorum intelligendam Oedipo *conjectore pene sit opus, non inutilem omnino fore ratus sum eam operam, quam quis in resumenda hujus argumenti tractatione collocaret, dummodo possit apertius ac dilucidius, quam hactenus factum est, rem totam explanare. Cum itaque repetita nuper ab initio* Pandectarum *interpretatione mox id ipsum argumentum publice se nobis explicandum obtulisset, tentare volui, possemne ea, quæ ad cognitionem rei tam necessariæ pertinent, clare ac luculente auditoribus meis proponere, atque ita, ut etiam obtusiorum auribus hauriri, animisque percipi possent. Quod cum haud male, quantum intelligere potui, processisset, eventu conatui nostro respondente, ut aliis quoque prodessem, & quod semper studui, quam plurimis, ea, quæ viva voce in non contemnenda auditorum frequentia exposueram, publici juris feci. Potui, & sine magno negotio, prolixiorem scribere commentarium, sed nihil opus fuit, meliusque me consulturum utilitati studiosæ legum juventutis arbitratus sum, dum ea modo diligenter persequerer, sine quorum cognitione frustra in hac materia laboretur, & quibus cognitis cætera omnia per se aperta & plana futura sint. Hasce ego secundarum mearum curarum primitias vobis, Ampliss. Viri, hic offero consecroque. Caussam, cur offeram, non addo, quod plerique nescio quibus coloribus accersitis facere solent, certus hoc munusculum nostrum, ut ut leviculum, gratum vobis acceptumque fore. Faxit Deus Opt. Max. ut florentissima vestra urbs florentior indies evadat, in eaque optimarum artium studia magis magisque excitentur, atque incrementum capiant. Dabam Lugduni Batavorum pridie Kalend. Novembris* 1644.

VV. AA.
Observantissimus

ARNOLDUS VINNIUS.

TRACTATUS DE JURISDICTIONE ET IMPERIO.

CAPUT I.

De imperio mero.

SUMMARIUM.

1. *Partitionem Jurisdictionis in civilem & criminalem a Romani juris usu alienam videri.*
2. *Docendi tamen gratia tolerari posse.*
3. *Cur potestas cognoscendi de causis civilibus sola nomen jurisdictionis habeat.*
4. *Merum imperium cur sic dictum.*
5. *Quid sit merum imperium, & quibus in rebus consistat.*
6. *An condemnatio ad perpetuos carceres sit meri imperii.*
7. *Merum imperium quatenus & quando ad bruta quoque animalia extendatur.*
8. *Quatenus & quando ad noxiorum hominum cadavera.*
9. *Appellatione meri imperii etiam cognitionem criminum contineri.*

SCRIPTURUS de jurisdictione, deque mero ac mixto imperio, cujus argumenti cognitio ad intelligentiam magnæ partis juris civilis Romanorum in primis necessaria est, non putavi operæ pretium rem a primordiis urbis ipsaque origine repetere, quod & nimis longum foret, & fortassis etiam tædium pareret legentibus: sed satis abundeque desiderio studiosorum me facturum esse duxi, quamvis intra septa juris Justinianici me contineam, dummodo subinde, ubi opus erit transiliam, id est ubi rei, de qua agetur, explicatio erit arcessenda e longinquiori.

1. Interpretes nostri appellatione jurisdictionis in genere, sumptæ etiam imperium, quod merum dicitur, complectuntur; atque jurisdictionem dividunt in civilem & criminalem: aut barbare in bassam & altam, quæ posterior in libris juris civilis merum imperium appellatur. In consuetudinibus Burgundiæ & aliorum locorum hæc identidem occurrunt, *haulte & basse Jurisdiction*, *hooge ende laege Jurisdictie*, quarum prior Belgice etiam *Halsheerlijkheyt* dicitur. Cæterum hoc a Romani juris usu alienum esse reor; quippe quo imperium, quod merum appellant, ut species opposita, expressim a jurisdictione separatur, cui contra cohærere & inesse dicitur imperium mixtum *l. 1. §. 1. ff. de offic. ejus cui mand. l. 3. ff. hoc tit. de jurisd.* Marcus quoque Tullius in *orat. pro L. Muran.* potestatem juris dicundi diserte opponit

quæ-

quæſtioni, hoc eſt, mero imperio, uti explicat *Carol. Sigonius de antiq. jur. provinc. c.* 7. Nihil juvat interpretes, quod Papinianus in *d. l.* 1. *pr. de offic. ejus &c.* ſcribit, errare magiſtratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem, juriſdictionem ſuam mandant: nam ut patet ex §. 1. *d. l.* 1. illud tantum verbis iſtis ſignificare juriſconſultus voluit, errare magiſtratus, qui putant mandata juriſdictione, imperium quoque merum quod præter juriſdictionem habent, tranſire. Sed nec illud interpretum ſententiæ patrocinatur, quod apud Ulpianum *l.* 7. §. *ult. de offic. proconſ.* ſcriptum eſt, proconſulem habere pleniſſimam juriſdictionem, etſi enim proconſul merum quoque imperium in provincia habuit: tamen falſo exiſtimant Ulpianum appellatione pleniſſimæ juriſdictionis intellexiſſe etiam merum imperium. Ait proconſulem habuiſſe pleniſſimam juriſdictionem, nempe in cauſis civilibus: ſic enim loquitur juriſconſultus, reſpiciens ad magiſtratus urbanos, qui plenam juriſdictionem non habebant. Quippe Romæ juriſdictio in multos magiſtratus diffuſa fuit. *l.* 2. §. *ergo.* 34. *de orig. jur.* quorum omnium partibus proconſul in provincia fungebatur, ſalva magiſtratibus inferioribus ſua in municipiis juriſdictione; nec ordinariorum tantum, ſed etiam extraordinariorum, id eſt, qui de certis cauſis extra ordinem in urbe jus dicebant, quo in numero erant præfectus vigilum, & præfectus annonæ. *d. l.* 2. §. *& hæc omnia.* 33. *de orig. jur. l.* 3. §. 1. *de offic. præf. vigil.* & ita juriſconſultus hoc ipſe explicat.

2. Equidem non inficior, ſi vim verbi ſpectemus, poteſtatem cognoſcendi & judicandi de cauſis criminalibus juriſdictionem appellari poſſe, cum in confeſſo ſit etiam de his jus dici. Pomponius *l.* 2. §. *& quia.* 23. *de orig. jur. De capite civis Romani injuſſu populi non erat lege permiſſum conſulibus jus dicere.* Sic apud Suetonium legimus Julium Cæſarem de repetundis, Auguſtum de parricidio, Claudium de majori fraude jus dixiſſe. Ac proinde docendi cauſa communem illam Doctorum diſtributionem tolerari poſſe, ut verba accipiantur eodem ſenſu, quo judicium aliud civile, aliud criminale dicitur. Cæterum in multis non idem ſemper verborum & verbalium uſus eſt; exempli cauſa, verba, paciſci, tranſigere, agere, conferre, &c. latiorem habere ſignificationem conſtat, quam verbalia, pactum, tranſactio, actio, collatio; & præſtat nos ſequi uſum auctorum juris.

3. Cur autem poteſtas de cauſis civilibus cognoſcendi ſola nomen juriſdictionis acceperit, ejus rei hanc eſſe rationem arbitror, quod olim magiſtratus urbani, penes quos dicebatur eſſe juriſdictio, tantum de cauſis civilibus cognoſcebant, poteſtatem autem cognoſcendi de criminibus, præſertim de capite civis Romani, populus ſibi reſervabat, eamque vel exercebat ipſe, vel aliis exercendam in cauſis ſingulis mandabat: de quo fuſius diſſeremus paulo poſt.

4. Separemus itaque primum a juriſdictione imperium, quod dicitur merum, & interdum κατ' ἐξοχὴν abſolute poteſtas. *l.* 3. *h. t.* Merum imperium ſic dici exiſtimo cum Goveano in *d. l.* 3. *n.* 10. *Donell. lib.* 17. *comm.* 8. *Duar.* 1. *diſp.* 53. quia purum & per ſe ſolum eſt, alterius rei mixturam non habens; oppoſitive nimirum ad imperium, quod noſtri mixtum, & non merum appellant; quod ſcil. juriſdictioni cohæret, ſubſervit, ineſt. *l.* 1. §. *ult. l. ult.* §. 1. *de offic. ejus &c. d. l.* 3. *hoc tit.* Scimus enim merum proprie dici de eo, quod purum eſt, & ſolum, ut in vino, quod aqua non eſt dilutum. Sic dicimus merum jus gentium, quod non eſt mixtum cum præceptis

civilibus, *l. Bona.* 31. *pr. depos.* merum prætoris officium, id est, solum. *l.* 5. *de verb. obl.* mera conditio in dando, mera conditio in faciendo, ad differentiam mixtæ ex utraque. *l. cum servus.* 82. *vers. sed nos neque. de cond. & dem.* mera donatio. *l. Aquilius.* 27. *de donat.* id est, pura & simplex, & similia.

5. Merum imperium sic a parte digniore describit Ulpianus *d. l.* 3. ut sit habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos: nimirum sub potestate gladii, ut tum temporis fere solo gladio vita adimebatur. *l.* 8. §. 1. *ff. de pœn.* comprehendens etiam reliquos modos, quibus vita adimitur. Quod si huic descriptioni addideris vel alterius cujusque gravioris coercitionis, ex *l. nemo potest.* 70. *de reg. jur. l.* 6. *pr. ff de offic. proconf.* perfectior erit definitio. Nihil enim aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint summove afficiendi supplicio, sive tollendi e numero civium metalli coercitione, deportatione, exilio, sive relegandi, fustigandive: unde etiam tot gradus meri imperii recte statuuntur, quod pœnarum in *l. capitalium.* 28. *ff. de pœn. Zas. ad d. l.* 3. *n.* 25. & *seqq. hoc tit.* Sed nec pœnæ pecuniariæ a gradibus graviorum coercitionum plane excludendæ, per *l.* 4. *ff. de interd. & releg. add. Pet. Fab. in l. nemo.* 70. *de reg. jur. Coras.* 3. *miscell.* 17. *Angel. Costal. Govean. Duar. in d. l.* 3.

6. De condemnatione ad perpetuos carceres quæsitum est, an & illa meri sit imperii. Respondeo, jure civili Romanorum hæc quæstio supervacua est: quia hoc jure carcer custodiæ, non pœnæ causa, ad continendos, non ad puniendos homines habetur. *l.* 8. §. *solent.* 9. *ff. de pœn.* licet custodia illa interdum verbo pœnæ significetur, ut in *l.* 3. *de cust. reor.* Imo expresse vetitum aliquem condemnari ad perpetuos carceres. *l. mandatis.* 35. *ff. de pœn. l.* 6. *C. eod.* Jure autem Canonico, quod mores hodierni sequuntur, id permissum est. *c.* 12. *de hæretic. in* 6. *c.* 3. *de pœn. in* 6. hoc vero jure, quoniam pœna perpetui carceris proxima est ultimo supplicio, eam ad merum imperium pertinere dicendum est, speciemque esse gravioris coercitionis. *add. Damhoud. prax. crim. c.* 6.

7. Exercitio meri imperii ad bruta quoque animalia extenditur: non tamen principaliter & directe, sed quatenus delictum hominis conjunctum, ad abolendam rei memoriam. *Levit.* 20. *c. mulier. caus.* 15. *quæst.* 1. & materialiter ratione ipsius facti, non formaliter; quoniam in bestias proprie nec delictum cadit. Quo pertinet, quod lex Divina *Exod.* 21. bovem, qui occidit hominem, lapidibus obrui jubet: quod magis fit, ne oculos hominum offendat conspectus istius bestiæ, quam ut sit pœna. *Joh. Selden. de jur. nat. & gent. lib.* 1. *c.* 4. & denique in pœnam hominis, ut cum bestiæ cum parricidis culeo insuuntur: quod tamen bestiarum respectu vere pœna non non est, sed usus tantum dominii humani in bestias. *Grot. lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 21. *n.* 11.

8. Extenditur & ad noxiorum hominum cadavera in enormi delicto. *Bart. & DD. in l. ult. ff. de sepulc. viol. & tit. de cadav. punit.* pœnæque rationem hoc habet, quatenus exemplo utile. Cæterum secundum jus scriptum hic ita distinguendum videtur: aut pœna ante mortem inchoata est in reo, aut non est: priore casu pœna etiam perdurat in cadaveribus. Nam eorum, qui ultimo supplicio affecti sunt, cadavera non sepeliuntur, nisi & petitum & permissum fuerit. *l.* 1. *ff. de cadav. punit.* nec eorum, qui in insulam deportati sunt, cadavera licet inde transferre. *l.* 2. *d. tit.*

Poste-

Posteriore casu crimina morte extinguunt. *l.3.l.6.de publ.jud.l.ult.ff. ad leg.Jul. majest. l. ex judiciorum. 20.ff. de accus.* Itaque hic pœna criminis post mortem rei inchoari nequit. Excipiuntur judicia majestatis & repetundarum, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur. *d.l.20. de accus.d.l ult.ad leg.Jul.maj.l.ult.C.eod.* Et ex hac igitur causa etiam cadavera mortuorum ignominia affici possunt. Ratio est, quia cum pœnæ irrogandæ duplex sit causa, correctio delinquentis, & perterrefactio aliorum, cum pœna in exemplum irrogatur, licet prior cesset, altera tamen hic locum habet, quæ exemplo utilis. In praxi autem etiam ad alia atrocia scelera hoc tractum est. *Gomes. 3. resol.n.78.&79. Clar.lib.5. §.fin. quæst. 51. n.15. Farinac. var. quæst. 10.n. 77.& seqq. cum ibid. allegat.*

9. Illud notandum est, appellatione meri imperii non tantum contineri jus animadvertendi in reos criminum, sed etiam jus de causis criminalibus cognoscendi & judicandi, perperamque hæc a nonnullis separari, ut perspicue apparet ex *l.6.pr.de offic.proconsf.* ubi Jurisconsultus ait custodiarum audiendarum mandatum esse extraordinarium; neminem enim posse gladii potestatem sibi datam ad alium transferre. Et illi ipsi tantum, non alii, de criminibus cognoverunt, quibus jus coercendi datum, præsides nimirum, proconsules, præfectus urbi, præfecti prætorio: ac procul dubio Ulpianus in *l.3.hoc tit.* sub potestate animadvertendi etiam cognitionem comprehendit. Quod autem olim extra ordinem a proconsule legatis mandabatur, ut causas etiam criminales (quod de levioribus accipio) audirent, & reos præauditos ad se remitterent, qui aut innocentes liberaret, aut nocentes condemnaret puniretque, id quidem postea cœpit esse juris ordinarii, sed ex speciali concessione Constantini *l.un.C. de offic.proconsf.* Nec obstat exemplum causarum civilium, in quibus cognitio & judicatio, tanquam nuda notio, separata est ab executione, quæ ad mixtum imperium pertinet; quasi & in criminalibus causis cognitio, tanquam notio quædam criminalis separanda sit ab executione, quæ sola sit meri imperii. Nam in causis civilibus imperium mixtum venit accessorie, atque extrinsecus assumitur propter contumaces & nec obedientes sententiæ judicis: quippe in his causis jurisdictio tota posita est in cognitione & sententia, cujus tuendæ atque exequendæ gratia imperium mixtum comparatum est. *l.ult.§.1.de offic.ejus cui &c.* Criminalium vero causarum longe alia ratio est; utpote quæ sola sententiæ dictione terminari non possunt, nec crimina sine executione coerceri: unde tota criminalium causarum tractatio nomen sibi assumpsit meri imperii.

CAP. II.

De iis, quæ præcipue circa merum imperium quærenda.

SUMMARIUM.

1. *Merum imperium qui olim habuerint ante & post quæstiones perpetuas constitutas.*
2. *Ordinem judicum in decurias descriptorum discretum fuisse a consilio centumvirali.*
3. *Prætorem non esse eundem, qui judex quæstionis.*
4. *Qui post Principem constitutum merum imperium habuerint, & n. 5. ubi quædam notabilia de præfectura urbana.*
6. *Non omnes, qui merum imperium habent, posse quasvis pœnas irrogare.*
7. *Officium & potestas præfecti prætorio ut tempore variaverit.*
8. *Apud nos quinam in municipiis aut agris merum imperium exerceant.*

HOC cognito, quid sit merum imperium, & quibus in rebus consistat, tria adhuc potissimum quærenda, quinam illud imperium habeant; an ab eo, qui habet, alii mandari possit; & postremo, soline ei, qui summam in republica potestatem habet, jure proprio illud competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum.

1. Olim nulli magistratui in urbe jus erat arbitrio suo in civem Romanum animadvertendi, sed populus hoc jus sibi reservarat, & ut quæque inciderent crimina, ita de iis aut ipse cognoscebat, aut aliis eam cognitionem mandabat, quod & aliquando a Senatu factum legimus. *Liv. lib.* 39. At post quæstiones perpetuas constitutas, quod factum esse Censorino & Manilio Coss. ait Cicero in *Brut.* anno ab urbe condita 605. septuaginta annis ante quam Sylla tyrannidem Romæ exerceret, prætores ordinarii creati sunt, qui cum quæsitore & judicibus ex ordine equestri & senatorio selectis de causis criminalibus cognoscerent, de quibus non videbatur extra ordinem quærendum esse, ut de repetundis, ambitu, majestate, peculatu. Nam propterea quæstiones perpetuæ dicebantur, tum quod lege erat præscripta quædam forma perpetua judicii de his rebus exercendi, ut nova semper lege opus non esset; tum quod annuam provinciam de his quæstionibus exercendis illi prætores peragerent, non quemadmodum antea fieri solebat, cum ita casus tulisset, ut quærendum videretur, tum crearetur, qui quæreret, statimque hoc absoluto judicio potestatem de eadem re quærendi non haberet. Quod si tum quoque aliquid accidisset, de quo extra ordinem primo quoque tempore propter criminis gravitatem aut novitatem quærendum videretur, ad populum ferebatur, ut quem vellet, de ea re quærere juberet: ac tum veteri more creabatur quæstor parricidii, sicut lege Pompeja extra ordinem populi suffragio creatus est quæstor L. Domitius Ahenobarbus, qui de vi, cujus Milo postulabatur, quæreret.

2. Ordo autem ille judicum in decurias descriptorum, cujus modo facta mentio, discretus erat a consilio centumvirali. Nam centumviralia judicia non publica, sed privata erant, ut constat ex enumeratione causarum centumviralium apud Cicero-

nem

nem *in Brut.* Scævola *l. Titia. 13. de inoff. test.* quærelam inofficiosi testamenti, Imperator *l. ult. C. de petit. hered.* petitionem hereditatis centumvirale judicium vocat. At apud selectos illos judices tantum quæstiones publicæ, id est, causæ publicorum judiciorum agitabantur: idque non in basilica, ubi centumviri judicabant, sed in foro. Prætoris hic non aliæ partes, quam ut eos judices cogeret, eorumque sortitionem & subsortitionem faceret ex iis decuriis, quibus judicandi tum munus incumbebat: reliqua, quæ ad causæ cognitionem pertinebant, absolvebat judex quæstionis sorte a prætore ex numero judicum creatus, qua cognita judices sententiam ferebant. Judex quæstionis Ciceroni quæsitor, Asconio Verrin. 3. princeps judicum dicitur.

3. Non erat igitur ipse prætor, ut putat Budæus in *l. ult. ff. de senat.* sed alius ab eo. In judicio Oppianici prætor erat C. Verres, judex quæstionis C. Junius: In judicio Cluentii prætor Q. Naso, quæsitor Q. Voconius. In judicio Verris de repetundis prætor M. Glabrio, judex quæstionis Q. Curtius, ut indicat Cicero *in fin. 3. in Verr.* consulantur Carolus Sigonius, Nicolaus Gruchius, & alii antiquitatis periti scriptores. Enimvero etiam stante adhuc republica certum est merum imperium habuisse magistratus, qui cum fascibus & securibus in provincias mittebantur, veluti consules, proconsules, prætores, proprætores: atque id speciali lege his tribui solitum.

4. Constituto Principe in urbe animadversio criminum præfecto urbi concessa, & præsidibus in provinciis, in quas a Principe mittebantur. Atque omnino verisimile est, hos non speciali aliqua lege populi, sed ex ipsa creatione merum imperium habuisse. Quod autem ad proconsules attinet, quos senatus in provincias sibi populoque relictas mittebat, vetus ratio fortassis aliquamdiu adhuc mansit, ut speciatim de eorum imperio lex ferretur. Quid si dicamus de horum omnium magistratuum imperio semel legem aut constitutionem promulgatam, quæ in creatione singulorum repetita censeretur? *Cabot 2. disp. 2. Scip. Gentil. 3. de jurisd. 20. & 25.*

5. Igitur sub Principibus merum imperium Romæ habuit præfectus urbi. *l. 1. de offic. præf. urb.* prætores urbani non habuerunt: unde illa tutorum & curatorum, qui severiore animadversione indigebant, ad præfecturam urbanam remissio *l. 1. §. solent. 7. d. tit. l. 3. §. sed si. 15. ff. de suspect. tut.* Præfectus urbi olim pro regibus aut magistratibus juri dicundo constituebatur ad tempus, illis urbe profectis ad bellum, vel ad provincias suas. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum, quoad solenne sacrum Latinarum feriarum rite perageretur, quod Varro numerat inter annales ferias, *lib. 5. de Ling.* Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito *lib. 6. Annal.* Auxit deinde potestatem hujus magistratus Divus Severus, dataque præfecto cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, sed etiam in Italia usque ad centesimum ab urbe lapidem. *d. l. 1. de off. præf. urb.* Idem imperium in provinciis habuerunt præsides. *l. 6. §. pen. ff. de offic. præsid.* itē proconsules. *l. 6. ff. de offic. procons.*

6. Cæterum hi non habuerunt potestatem pœnas quasvis irrogandi. Nam ecce præses provinciæ jus gladii habuit, & in metallum damnandi potestatem. *d. l. 6. §. pen. de offic. præsid.* deportandi tamen in insulam jus ei datum non est. *l. 6. §. 1. ff. de interd. & de releg. l. 1. §. 3. ff. de legat. 3.* De proconsule idem sentio: nam id genus pœnæ, ut speciale & in libera republica non usurpatum, principem sibi reservasse credibile est. Itaque argumentum a majori ad minus hic non procedit, ut notant Docto-

res.

res in *l. non debet.* 21. *de reg. jur. Cujac. in l. notionem.* 99. *de verb. sig.* quoniam singula, quæ ad merum imperium pertinent, nisi specialiter concessa non competunt. *l.* 1. *de offic. ejus cui &c.* Præfecto autem urbis nominatim ac specialiter jus quoque deportandi a Principe datum. *l.* 2. §. 1. *ff. de pœn. d. l.* 1. §. 4 *de legat.* 3. Imperium merum, & quidem plenissimum habuerunt quoque præfecti prætorio. *d. l.* 1. §. 4. *de legat.* 3.

7. De officio præfecti prætorio, unde hujus magistratus initium & progressus, Arcadius Charisius in *l. un. de offic. præfect. præt.* Videtur autem hic magistratus tempore posteriorum Imperatorum in officium plane civile degenerasse, cum ex institutione prima militare tantum fuerit, ut ex *Dione lib.* 55. *Sueton. in August. Arcadio d. l. un.* & aliis constat. Tanta vero auctoritas præfectorum prætorio fuit, ut a sententiis eorum provocare non liceret, solumque concederetur supplicatio. *d. l. un.* §. 1. *l. un. C. de sent. præf. præt.* Itaque nunc recte præfecturas appellare possumus, quæ Galli *parlamenta*, curias nimirum supremæ jurisdictionis sive provocationis ultimæ, *cours souveraines*, *hooge collegien van Justitie*, *daar van geen appel en valt*, *hoe wel supplicatie*, aut, ut nunc loquimur, *revisie*.

8. Hodie in municipiis iidem fere magistratus, quorum est jurisdictio, etiam merum imperium habent: at in agris, *ten platten lande*, scabini jurisdictionem tantum habent, merum imperium exercent, qui nostratibus dicuntur *Welboremannen*; hoc est, illi de causis civilibus duntaxat, hi de criminalibus cognoscunt.

CAP III.

An meri imperii exercitio mandari possit?

SUMMARIUM.

1. *Meri imperii exercitionem mandari non posse.*
2. *Excipitur causa necessariæ magistratus absentiæ: neque ea restringenda ad judicium legis Juliæ de vi.*
3. *Male nonnullos excipere & eum, cui princeps causæ criminalis executionem commisit: ubi de sententia l. un. C. qui pro sua jurisd.*
4. *An jure Can. imperium merum delegabile.*
5. *Reges Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ, Principes, Duces &c. Germaniæ habere imperium merum non tanquam sibi mandatum, sed a se & ut suum. Neque quo minus veri principes sint, impedire obligationem fidelitatis &c. & n. 6.*
7. *Quid in toparchis seu dominis territorii.*

1. NEMINEM posse jus gladii vel alterius coercitionis sibi datum ad alium transferre, nec mandata jurisdictione imperium merum, quod lege datur, transire, tot locis & tam perspicue traditum est, ut mirum sit reperiri, qui contradicant. *l.* 1. *pr.* & §. 1. *de offic. ejus cui mand. l.* 6. *pr. de offic. proconsul. l. nemo potest.* 70. *de reg. jur.*

2. Una exceptio est, si is, cui hujus imperii exercitio obtigit, necessario abesse cogatur. *d. l.* 1. *pr.* Idem tamen Doctores communiter statuunt in causa infirmitatis tali, quę impediat, quo minus magistratus officio suo fungatur; quod & rationem habet, *Bart.* & *DD.*

& DD. in l. 3. *hoc tit.* Sunt qui hanc exceptionem restringunt ad judicium publicum legis Juliæ de vi, quia hujus solius in *d. l.* 1. meminit Jurisconsultus *Broncborst. assert.* 16. quod non placet: nam eadem ratione dicendum esset, nec regulam ad alia crimina pertinere. Et cur non idem admittamus in causa adulterii, peculatus, repetundarum &c. aut si in his admittimus, cur non etiam in causa homicidii? An quia gravius puniuntur sicarii lege Cornelia, quam lege Julia alia illa crimina? Atqui vis publica non minus severe vindicatur lege Julia, quam homicidium lege Cornelia, ut patet ex collatione *l.* 5. §. 2. *l. qui dolo.* 10. §. *ult. & l. seq. ad leg. Jul. de vi publ.* cum *l.* 3. §. *pen. ad leg. Corn. de sicar.*

3. Afferunt & aliam exceptionem plerique interpretes, in eo scilicet, cui princeps specialiter causæ criminalis executionem commisit, *arg. l. un. C. qui pro sua jurisd. & ibi Gloss. Bart. Bald. Cuman. Angel. Alexand. lib.* 2. *cons.* 106. *n.* 20. *Corn. cons.* 24. *colum. ult.* & alii, quos laudat & sequitur *Menoch. lib. arb. jud. quæst.* 54. Sed perperam: quia constitutio ista utique restringuenda est ad causas natura sua delegabiles, id est, civiles, argumento inscriptionis tituli. Et falluntur, qui putant hac explicatione admissa, fore, ut novæ istius constitutionis sive edicti ad præfectum prætorio missi promulgatio otiosa sit & supervacua: siquidem, ut textus ipse ostendit, præcipue pertinet constitutio ad magistratus delegantes causas non suæ jurisdictionis, cujusmodi delegatio vetatur. Excipitur autem delegatus a principe, cui soli hoc conceditur, ut etiam causas alienæ jurisdictionis, quarum cognitio ei mandata, delegare possit, & possit etiam personis alterius jurisdictionis. Itaque his verbis, *nullo personarum causarumve habito tractatu*, sub finem positis, hoc tantum significatur, posse delegatum principis causas quasvis (intellige civiles & delegabiles, quæ & ipsæ infinitæ & variæ) delegare quamvis alienæ sint jurisdictionis &c. quod in principio constitutionis aliis denegatum erat. Ita ferme & olim *Alberic. in d. l. un. n.* 5. *Salic. n.* 7. *Castr. n.* 9. *post Cyn. Jac. de Aren. Oldrad.* Plures etiam citat *Gilken. in d. l. un. n.* 3. In legato proconsulis, quoniam is proconsuli tanquam vicarius a senatu εἰς βοήθειαν teste Appiano *lib.* 1. *de bell. civil.* adjungebatur, speciale fuit, atque extraordinarium, quod ei custodiarum cognitio mandari potuit. *l.* 6. *pr. de offic. procons.* A Constantino autem jus audiendi causas criminales ei etiam nominatim datum. *l. unic. C. eod.*

4. Sunt, qui jure canonico imperium quoque merum delegabile esse censent: *Longoval. in repet. l.* 3. *hoc tit. part.* 3. *c.* 4. *Alexand. Costal. Bus. in l.* 1. *de offic. ejus cui mand.* sed nullum textum e jure isto proferunt, quo id aperte probetur. Dicitur quidem in *c. fin. ne cler. vel monach. secul. negot.* posse Episcopum aliumve prælatum temporalem jurisdictionem habentem delegare causas sanguinis: sed quis non videt hoc esse speciale, cum ipsis clericis causas hujusmodi agitare non liceat? quod & ibidem adjicitur. Illud quoque, quod ex *c. in archiepiscopatu. de raptor.* afferunt, proponi illic Regem Siciliæ causas criminales delegasse, qui tamen beneficiarius sit sedis Romanæ, *Clement. pastoralis. de sent. & re jud.* nihil est.

5. Nam Rex Siciliæ non habet merum imperium ab alio, ut illud nudi habent magistratus; sed a se tanquam princeps supremam in regno suo habens potestatem. Quamvis enim jure feudi Pontificem agnoscat, verus tamen Rex est & princeps omnia jura habens in subditos, quæ principibus conveniunt. *add. Covar.* 3. *resol.* 20. *Fachin.* 9. *contr.* 99.

O 6. Simi-

6. Similiter quod de Principibus, Ducibus & Comitibus imperii Germanici affertur, non eos ipsos de causis criminalibus cognoscere, sed aliis harum rerum cognitionem mandare, ex eo non recte colligitur, merum imperium posse hodie delegari. Nam principes isti non habent imperium merum, tanquam mandatum sibi, sed tanquam suum & proprium: neque enim sunt nudi magistratus, sed quasi reges in suis ditionibus jus regalium habentes, quo jure & magistratus creant: ac proinde nec recte dixeris eos mandare merum imperium, non magis quam princeps Romanus olim dicebatur id mandare, cum præsidem creabat. *Scip. Gentil. lib. 3. de jurisd. c. 23. & 29.* Enim vero, quominus hi Principes sint, non impedit fidelitatis aut tributi alteri præstandi obligatio, dummodo jura majestatis habeant: nam feudum censusve præstatio non adimit iis supremam potestatem, quam in subditos habent, eamque continuo transfert in eum, qui jus feudi vel tributi habet: sed cum eo nihil habet commune. Sic hodie licet Turcarum Imperator tributum a principe Transilvaniæ accipiat, nihil tamen juris in subditos ejus sibi vindicat. Regna Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ feuda sunt sedis Romanæ, adeoque si Pontificiæ constitutioni credimus, ipsum quoque imperium Romanum, quale nunc est, ex fide Romani Pontificis pendet. *Clement. un. de jurejur.*

7. Postremo nec toparchæ seu domini territorii, quibus a Principe in feudum concessum est jus meri imperii, *hooge jurisdictie ofte halsheerlijkheit*, cum alios constituunt, qui vice sua de criminibus cognoscant, non est ea tam simplex causarum criminalium delegatio, quam quædam magistratuum & judicum criminalium pro potestate a Principe accepta, creatio. Eos autem, qui nudi duntaxat magistratus sunt, verbi causa, Scabinos in oppidis, hodieque imperium quod habent, mandare aliis non posse satis notum est: atque ut nunc mores sunt, ne causarum quidem civilium cognitionem.

CAPUT. IV.

Soline principi iisve, qui summam in repub. potestatem habent, merum imperium jure proprio competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum?

SUMMARIUM.

1. *Lotharii sententia contra Azonem defensa.*
2. *An merum imperium sit jus vitæ ac necis, & an idem, quod summum, & n. 3.*
4. *Aperitur via ad conciliandum cum Lothario Azonem, & n. 5.*

HÆC quæstio olim agitata fuit Bononiæ ab hinc annis fere quadringentis inter Azonem & Lotharium, maximi tunc nominis jurisconsultos, coram Imperatore Henrico Lucenburgensi Frederici Secundi filio. Uterque ex sponsione equum apud sequestrem deposuerat. Azo contendebat, non solum principem, verum etiam magistratus merum proprio jure habere imperium. Lotharius contra solum id jus habere principem: magistratus autem ex concessione nudum duntaxat ejus juris exercitium, jure ipso apud Principem remanente. Imperator auditis utriusque

que partis argumentis secundum Lotharium pronuntiavit. Quamvis autem hoc decretum Principis legis vim habere debuerit, *l. 1. §. 1. de constit. princip.* tamen Doctores insequentes Azonis sententiam magis probaverunt, quasi Imperator non ex rei veritate, sed favore suæ causæ ita judicasset. Unde natum est illud vulgatum Lotharius iniquum dixit, & equum abstulit: Azo æquum dixit & equum perdidit. *Zas. in l. 3. num. 36. hoc tit.*

1. Cæterum causam Lotharii rursus suscepit Alciatus *lib. 2. paradox. c. 6.* & post eum etiam recentiorum magnæ parti sententia Lotharii probabilior visa est; eamque & ipse veriorem esse existimo, utique si spectemus rationem juris civilis Romanorum. Etenim Principes Romani non tam ipsum jus meri imperii concedere soliti fuere, quam hujus juris usum atque exercitionem. *l. 1. ff. de off. ejus cui mand.* non ut hoc imperium haberet magistratus tanquam proprium & suo jure, uti suo jure habet jurisdictionem *l. 5. ff. hoc tit.* Sed tanquam delegatum: quam ob causam nec aliis mandari ab eo, cui exercitio obtigerat, potuit. *d. l. 1. pr. & §. 1. de off. ejus cui.* quod licuisset, si id jure habuisset proprio, *arg. d. l. 5. hoc tit.* Non obstat, quod morte Principis non finitur merum imperium in persona ejus, cui id concessum. Nam Princeps jure regalium magistratus creat, & tanquam lex quædam imperium ejusque exercitionem iis defert, non simpliciter mandat exercendum: alias certe morte mandantis extingueretur, sicut jurisdictio a magistratu mandata morte mandantis extinguitur. *l. 6. hoc tit.* lex autem non moritur.

2. Afferunt alii & hanc rationem, quia merum imperium sit jus vitæ ac necis: hoc autem non nisi ejus proprium sit, qui jura majestatis habet, sive illa jura sint apud unum, sive apud plures, sive apud universum populum. Curtius *lib. 4. Et cum in regali solio residebis vitæ necisque omnium civium dominus.* Cujus potestatis insigne apud Romanos esset pugio sive gladius. Tacitus *lib. 3. histor. Vitellium solutum a latere pugionem Cæcilio Simplici in concione reddidisse, tanquam jus vitæ & necis &c.* Cæterum quoniam illi, qui principatum obtinent, ipsi vacare exercitioni meri imperii non semper possunt, ideo hoc exercitium cum causæ cognitione aliis delegari solitum. *arg. l. 2. §. exactis. 16. §. & quia. 23. de orig. jur.* Addunt porro & hoc, quod quemadmodum solius principis est pœnam remittere. *l. 4. ff. de pœn. l. 1. & pass. C. de sent. pass.* August. *de fato; Imperatori soli licet revocare sententiam, & reum mortis absolvere, & ipsi ignoscere*, ita & solius Principis proprium sit punire, *arg. l. nemo. 37. de reg. jur.* Jam vero quia perraro accidit, ut nocentibus venia detur, ideo hoc jus principem sibi reservare, nec ulli concedere: at contra quia sontes plerumque puniuntur, idcirco jus animadvertendi certis magistratibus mandare solitum.

3. Verum ego hæc non usque adeo magni æstimo, imo falsum arbitror, quod ajunt imperium merum esse jus vitæ & necis. Nam qui magistratus merum imperium habent, nihil aliud habent, quam potestatem ad animadvertendum in facinorosos, & absolvendos innocentes: ac proinde quid jurisdictionale, separatum ab iis, quæ jura majestatis proprie dicuntur: at jus vitæ ac necis, damnatos morti eximere, pœnam remittere, pars est juris regii ac majestatis, quod summum imperium non merum, dicitur, neque cum alio communicatur: quanquam interdum fit, ut cum jura majestatis apud plures sunt, potestas condonandi delicti tribuatur uni, sicut nostri Ordines id tribuerunt Principi Auriaco. Utiq; merum imperium cum summo con-

fundi non debuit: non meri, sed summi imperii sunt, leges condere, magistratus creare, bellum inferre, pacem facere &c. nec puto apud ullum idoneum auctorem reperiri positum merum imperium, pro summa in republica potestate.

4. Disputamus autem hic de more Romanis usitato, non de potestate Principis. Nemo enim est, qui nesciat posse Principem eumve, qui alio nomine summam reipub. tenet, non modo quoad usum nudumve exercitium alicui merum imperium concedere, verum etiam ita, ut illud tanquam proprio jure habeat, atque aliis quoque mandare queat. Quinimo potest Princeps alicui merum imperium concedere jure patrimonii, ita ut id etiam in bonis ejus reputetur, aliisque illud vendere & heredibus relinquere possit, sicut hodie jurisdictio etiam criminalis in feudum data patrimonialis est. Potest & ex contrario Princeps ea, quæ sunt jurisdictionis, & ad causarum civilium duntaxat cognitionem pertinent, sibi reservare: quemadmodum initio civitatis omnia manu a Regibus gubernabantur. *l. 2. §. 1. de orig. jur.*

5. Atque eo fortassis etiam respexit Azo, dum eum quidem solum, qui principatum in republica tenet, concedit habere jura majestatis, eaque soli sibi reservare: cæterum judicialia & jurisdictionalia cum his confundenda non esse contendit, cujus generis quoque sit merum imperium. Nam etsi omnium magistratuum potestas & jurisdictio a Principe tanquam a fonte promanat, tamen hæc diversimode magistratibus concedi posse & solere, vel ut tanquam jure quodam proprio ea habeant, aliisque eadem mandare possint, quali jure olim jurisdictionem & jurisdictioni cohærens imperium Romani magistratus habuerunt: vel ut tanquam nudam exercitionem juris alieni, sine potestate alteri ea mandandi, ut olim cognitio & executio criminum, id est, merum imperium lege vel senatusconsulto delegabatur. *l. 1. de off. ejus &c.* vel denique ut aliquis hæc habeat etiam jure patrimonii. Atque ita Azonis sententia indefinite citra considerationem juris Romani accepta, vera est.

CAPUT V.

De Jurisdictione, quam vocant simplicem.

SUMMARIUM.

1. *Notionis verbum de causis omnibus promiscue prædicari, iisque etiam attribui, qui jurisdictione carent.*
2. *Jurisdictio nulla simplex, si consideretur in concreto.*
3. *Vocem jurisdictionis & stricte accipi & late, tum quæ qua significatione comprehendatur.*
4. *Specialiter concessa dici, & ea, quæ sub nomine officii tribuuntur.*
5. *Definitio jurisdictionis in genere acceptæ, cum accurata exegesi.*

NUNC de jurisdictione videamus, prout ea vox in usu juris sumitur, mox etiam dicturi de imperio mixto, quod jurisdictioni cohæret: sed prius aliquid de verbo notionis dicendum est.

1. No-

1. Notionis nomen latissimum est: nam & in civilibus causis & in criminalibus usurpatur. Prætoris notio esse dicitur, utrum actio danda, an deneganda sit. *l. ult. in fin. de obl. & act.* item cum de alimentis testamento relictis transactio interponitur. *l.* 8. §. 1. *de transact.* cum disceptatur, utrum qui filius esse dicitur, in potestate sit, nec ne. *l.* 3. §. *hoc autem.* 3. *de lib. exhib.* At in *l.* 1. §. *initio.* 4. *de offic. præfect. urb.* notio ad causas criminales & capitalem animadversionem refertur, & apud Hermogenianum in *l. ex omnibus.* 10. *ff. de offic. præs.* ad cognitionem causarum civilium & criminalium promiscue. Sed & ad eos quoque refertur, qui neque imperium, neque jurisdictionem habent: nam Ulpianus in *l. notionem.* 99. *de verb. sign.* scribit notionem, sic accipi posse ut & jurisdictio & cognitio intelligatur, videlicet, sine jurisdictione, ac proinde cum auctor edicti de re judicata dixisset, *cujus de ea re jurisdictio est*, idem Ulpianus in *l.* 5. *de re jud.* melius, inquit, dixisset, cujus de ea re notio est. Etenim notionis nomen, ait, etiam ad eos pertinet, qui jurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia causa notionem; notionem nimirum nudam, id est, cognoscendi & judicandi potestatem duntaxat, sine jure sententiam, quam dixerunt, exequendi; qualis fuit judicum a magistratu datorum. *l. a Divo.* 15. *pr. ff. de re judic.* Itaque quamvis judices dati notionem habuerint, jurisdictionem tamen non habuerunt, quia sententiam suam non potuerunt exequi. *d. l. a Divo.*

2. Dices sententiam exequi non esse actum simplicis jurisdictionis, sed mixti imperii, quod jurisdictioni cohæret. Fateor. Sed nego ullam esse jurisdictionem simplicem, si eam in concreto consideremus, ut a magistratu habetur: quoniam nullus est magistratus sine imperio cujus vi jurisdictionem suam tueatur, atque explicet. *l. ult.* §. 1. *ff. de offic. ejus &c. l.* 2. *ff. hoc tit.* At si consideretur in abstracto, vix est, ut jurisdictio aut actus jurisdictionis discerni possit a nuda notione actuve nudæ notionis, quam judex pedaneus habet; utique in causis jurisdictionis contentiosæ; excepto eo, quod judicem dare non nudæ notionis, sed jurisdictionis est. *l.* 3. *in fin. ff. hoc tit.* Ex his jam intelligere possumus notionem & generis nomen esse, sub quo & jurisdictio comprehendatur, & speciei jurisdictioni oppositæ.

3. Jurisdictio duobus modis accipitur. Primo modo angustius & stricte pro ea potestate, quam quisque magistratus ex natura officii sui habet, sive propter eam ab initio creatus sit, sive eam obtineat more majorum: ut ecce, Prætor initio constitutus est ad hoc, ut de causis privatis inter civili judicio contendentes jus dicat: more hoc ei concessum, ut privata judicare jubeat. Proprie igitur dicitur prætori competere vi jurisdictionis suæ, sive, quod idem valet, jure sui magistratus, & more majorum, ut privata judicet, aut judicare jubeat. Secundo modo paulo latius, ut ea quoque comprehendat, quæ ad jurisdictionem magistratus proprie & more majorum non pertinent, aut ad id, propter quod initio creatus est, sed specialiter magistratui postea sunt concessa; utpote qua concessione, tanquam accessione quadam novæ auctoritatis jus officiumque magistratus, & jurisdictio ejus plenior facta sit atque auctior: cujusmodi verbi causa jus est tutoris dandi potestas, quam Ulpianus *l. muto.* 6. §. 2. *ff. de tutel.* negat esse jurisdictionis; nempe stricte & proprie acceptæ, veræ & germanæ: quia tale jus non est ex eorum genere, quæ vi jurisdictionis suæ aut more majorum magistratus habet, sed quæ specialiter Magistratibus quibusdam lege, vel senatusconsulto, aut a Principe data sunt, & quæ nisi nominatim tributa essent, magistratui non competerent.

Recte tamen dixeris jus dandi tutores pertinere ad officium & jurisdictionem ejus, cui hoc concessum est, idque eum habere jure sui magistratus, si vocem jurisdictionis & juris magistratus paulo latius, ut diximus, accipias, nempe pro eo etiam jure, quod ex adventitia illa & speciali potestate magistratui competit, sive jure extraordinario *arg. l. 1. ff. hoc tit. l. 8. §. sed nec. 18. ff. de transactionib. l. 3. de postul. l. 3. §. sed etsi. 5. ff. judic. solv. §. sed hoc jure. 4. Inst. de Attil. tut.* De similibus idem judicium esto. Mire in hujus rei explicatione variant *DD. in l. 1. hoc tit. in d. l. 6. §. 2. de tutel. & d. §. 4. Instit. de Attil. tut. Don. 7. comm. 2. Coras. 5. misc. 24. Bellon. 1. supput. 2. Muscorn. tract. de jurisd. n. 167. Scip. Gentil. lib. 1. de jurisd. ad orat. D. Marci. c. 1.*

4. Illud hic observandum est, lege aut senatusconsulto concedi non tantum ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Mævio: sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta prætori, præsidi, &c. *l. 1. l. 3. ff. de tut. dat. ab his.* Hodie tutoris dationem esse jurisdictionis ordinariæ notant, *Mynf. ad §. nos autem. 5. Inst. de Attil. tut. n. 11. & Vult. ad eund. tit. n. 10.*

5. In latiore autem illa significatione accepta jurisdictio sic describatur. Jurisdictio est potestas juris dicundi in causa civili publice data aut permissa. His definitionis verbis, *juris dicundi in causa civili*; significatur quidem esse ex adverso potestatem quandam juris dicundi in causis criminalibus: cæterum in usu juris nunquam ea potestas jurisdictio appellatur, sed perpetuo separatur a jurisdictione, unde & nomen ei meri imperii; neque insolens est, ut verbi alicujus latior sit usus, quam verbalis, ut supra demonstravimus. Sub causis civilibus comprehendimus etiam actus voluntariæ jurisdictionis, veluti emancipationem, adoptionem, &c. Verbo *juris dicundi* excluditur, notio pedaneorum judicum, quorum ministerio magistratus in judicando utebantur unum aliquem actum iis committentes præscripta formula, quam sequerentur, & reservata sibi potestate exequendi. *l. 5. l. a Divo. 15. ff. de re jud.* Nimirum cum judices pedanei de facti veritate duntaxat cognoscant & inquirant, juris autem definitionem ex formula præscripta mutuentur, vix est, ut ipsi jus dicere videantur. Et alias quoque multum interest inter jus dicere & judicare. Separantur hæc in *l. 4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fac. & tit. C. ne quis in sua ca. jud. vel jus dicat.* Pater in causa filii jus dicere prohibetur. *l. 10 ff. hoc tit.* judicare non item. *l. in privatis. 77. cum. l. seq. ff. de judic.* quamvis si judex datus sit, recusari a parte adversa possit. *Duar. 1. disp. 51. D. Tulden. ad C. ne quis in sua caus. n. 1.* Postremo sæpe jus dicitur etiam non interveniente sententia, ut in iis, quæ sunt jurisdictionis voluntariæ, puta adoptionibus, manumissionibus, bonorum possessione danda, &c. Ajo *publice data*, ut hinc removeatur potestas arbitrorum ad quos ex compromisso itur, quæ non publica, sed privata est: quamobrem nec actio, nec exceptio ex eorum sententia nascitur, de quo forte alias dabitur dicendi occasio. Addo *aut permissa*, ut comprehendam etiam jurisdictionem mandatam, quæ immediate jure publico non datur, sed permittitur, concessa ab iis, qui jurisdictionem directo acceperunt a populo, aut Principe. *l. 6. ff. hoc tit.* eodem fere sensu, quo tutela testamentaria & Attiliana jure civili permissa dicitur, legitima data *l. 1. ff. de tutel.* eademque propemodum ratione prorogata quoque jurisdictio definitione continebitur. Atque hæc jurisdictionis in genere sumptæ definitio, ut est simplicissima, ita mihi & optima ac plenissima videtur, utpote species omnes, nulla excepta, comprehendens. Aliorum definitiones, quas magnam par-

partem videre est apud *Enucleat. Don. lib.* 17 *comm.* 7. *lit. F.* nequaquam tam accuratæ. Illa autem Cujacii *parat. C. de jurisd. jurisdictio est notio, quæ jure magistratus competit*; qua nullam meliorem se composuisse scribit, soli convenit ordinariæ

CAP. VI.

De jurisdictione ordinaria, & extraordinaria, contensiosa & voluntaria.

SUMMARIUM.

1. *Ordinariæ jurisdictionis quæ sint.*
2. *Quæ jurisdictionis extraordinariæ.*
3. *Tutoris datio quo referenda.*
4. *Quo judicis dandi licentia.*
5. *Contentiosa jurisdictio quid, & quæ eo pertineant.*
6. *Jurisdictio voluntaria, & quæ ad eam referenda.*
7. *Quatenus admittendum, quod vulgo ajunt, actus jurisdictionis voluntariæ etiam extra territorium jus dicentis exerceri posse.*

POTERIT igitur secundum ea, quæ supra diximus, primum hoc modo dividi jurisdictio, ut alia sit ordinaria, quæ jure ordinario & more a majoribus recepto magistratui competit: alia extraordinaria, quæ competit ex speciali concessione legis aut Principis, non jure ordinario.

1. Prioris generis sunt omnia, quæ jurisdictionis sunt contentiosæ: quo etiam quodammodo pertinet missio in possessionem, facit *arg. in l.* 4. §. 1. *de off. ejus &c.* Bonorum possessionem dare voluntariæ jurisdictionis est, & tamen ad hoc idem genus pertinet, *arg. d. l.* 4. §. 1. videturque species esse jurisdictionis ampliatæ jure magistratus a prætore, ut & restituere in integrum.

2. Posterioris generis sunt cognitio super alienatione prædiorum minoris, per *l.* 2. §. 1. *d. tit. l.* 1. *de reb. eor. qui sub tut.* cognitio super transactione de alimentis testamento relictis, *l.* 8. *pr.* & §. *sed nec.* 18. *ff. de transact.* super manumissione a minore 20. annis facienda, quam causam prætor de consilii sententia examinabat ex lege Aelia Sentia. §. 4. *Inst. qui & ex quib. caus. manum.* Eoque pertinet, quod Ulpianus in *l.* 2. *pr. de offic. ejus.* ait eum, cui mandata est jurisdictio, non posse exercere consilium, item cognitio, quam ex senatusconsulto prætor habet, si a familia dominus occisus esse dicatur. *l.* 1. *in fin. pr. de offic. ejus.*

3. Huc item referenda est tutoris datio, per *l.* 8. *ff. de tut. dat.* quam hoc respectu jurisconsultus negat esse jurisdictionis. *l.* 6. §. 2. *ff. de tutel.* nimirum in specie acceptæ & ordinariæ; quemadmodum Pomponius in *l.* 2. §. *hæc omnia.* 33. *de orig. jur.* cum præfectum vigilum & annonæ negat esse magistratus, vocem magistratus, ad ordinarios contrahit: ab aliis enim, Fenestella, Cassiodoro, in numero magistratuum recensentur.

4. Judicis dandi licentia in provinciis extraordinariæ, Romæ ordinariæ jurisdictionis fuisse videtur, *arg. l. cum prætor.* 12. §. 1. *de judic.* ubi Paulus scribit, judicis dandi

dandi potestatem more concessam esse magistratibus Romæ: lege autem datam proconsuli. Magistratus municipales etsi jurisdictionem aliquam habent, nusquam tamen legimus eos judicis dandi licentiam habuisse.

5. Secundo distribui potest jurisdictio in contentiosam & voluntariam: cujus distributionis fundamentum est in *l. 2. de offic. proconf. & leg.* Contentiosa jurisdictio est, quæ exercetur in invitos judicio pecuniario seu civili contendentes. Ad hanc pertinent actiones omnes, & quæ actionis instar habent, ut stipulationes prætoriæ, missio in possessionem; tum quæ ad judicium exercendum pertinent, ut judicis dandi licentia. *l. 1. l. 3. l. 4. ff. hoc tit. l. actionis. 37. ff. de oblig. & act.* Atque hæc jurisdictionis species maxime proprie appellatione jurisdictionis continetur, deque ea potissimum agitur in *ff. & Cod. hoc tit.*

6. Voluntaria jurisdictio est, quæ exercetur auctore magistratu in volentes in iis, quæ geruntur extra judicium. Eorum autem, quæ ad hanc jurisdictionem pertinent quædam præter approbationem & auctoritatem magistratus nihil desiderant: cujus generis sunt adoptio, manumissio, liberorum emancipatio; quæ proinde etiam de plano transigi possunt. *d. l. 2. de offic. proconf.* §. 2. *Inst. de libertin.* quædam etiam causæ cognitionem & decretum magistratus, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis, prædiorum minoris alienatio, manumissio a minore 20. annis facienda, adrogatio impuberis. *l. 8. §. 8. ff. de transact. l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* §. 4. *Inst. qui & ex quib. ca. man. l. si paterfam.* 15. §. 2. *l. nec ei.* 17. *per tot. ff. de adopt.* Pertinet denique huc etiam decretalis bonorum possessio, per *l. 2. §. 1. ff. quis ord. in poss. serv.* Tutoris datio intermedium quoddam genus jurisdictionis est, quod quidem sine judicii contentione exercetur, sed tamen in invitos: quia publicum tutela munus est. *pr. inst. de excus. tut.* Ad prius autem genus recte vulgo referunt bonorum possessionem edictalem, insinuationes testamentorum & donationum, quæ summam quingentorum aureorum excedunt, aperturam tabularum & testamentorum, Legitimatio autem vereor ut ad jurisdictionalia referri possit: & utique hoc jus est ex reservatis Principum.

7. Interpretes hanc differentiam inter exercitium actuum utriusque jurisdictionis observandum tradunt, quod quæ sunt jurisdictionis voluntariæ, etiam extra territorium jus dicentis exerceri possunt. *arg. l. 2. ff. de offic. proconf.* contentiosa autem jurisdictio extra provinciam explicari nequeat. *l. ult. ff. hoc tit.* Cæterum hæc distinctio ad omnes actus voluntariæ jurisdictionis non pertinet: utique non ad eos, qui causæ cognitionem desiderant: nec ad alios fere, quam ad hosce tres, adoptionem, manumissionem, & emancipationem. Atque hi actus in specie dicuntur actiones legis, eo quod exerceri non potuerunt nisi apud eum, penes quem erat legis actio. *l. 3 ff. de offic. proconf. l. 1. ff. de offic. jurid. l. 1. C. de adopt. Paulus lib. 2. sent.* 25. ubi scribit etiam apud magistratus municipales adoptari & manumitti posse, si habeant legis actionem, id est, apud duumviros, quibus data est legis actio. Apud defensores insinuari poterant testamenta & donationes. *Nov.* 15. *c.* 3.

CAP.

CAPUT VII.

De mixto imperio.

SUMMARIUM.

1. *Mixtum imperium quid ſit, unde ſit dictum, & an pars juriſdictionis.*
2. *Cur hoc imperium jungi juriſdictioni neceſſe.*
3. *Actus juriſdictionis & imperii revera eſſe diverſos.*
4. *Præcedere ſemper actum juriſdictionis ſequi actum imperii, ſi opus ſit.*
5. *Bonorum poſſeſſionem dare ſitne actus juriſdictionis, an imperii, & n. 6. & 7.*
8. *Ad l. 3. ff. hoc tit.*
9. *Jubere cavere prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere, juriſdictioni, an mixto imperio adſcribenda.*
10. *Explicatio l. 4. ff. hoc tit. junct. l. 28. ad munic.*
11. *Reſtituere in integrum, cognoſcere de ſuſpectis tutoribus, juriſdictionis eſſe, non mixti imperii.*
12. *Diviſionem imperii mixti in id, quod juriſdictioni ineſt, & id, cui inſit juriſdictio, commentitiam eſſe.*
13. *Quicunque juriſdictionem habent, etiam mixtum habere imperium.*

1. NUNC tempus eſt, ut de eo genere imperii loquamur quod mixtum noſtris appellatur: Mixtum imperium eſt poteſtas cohærens juriſdictioni, comparata ad eam tuendam atque explicandam. Dicitur mixtum, propterea quod conjunctum eſt cum juriſdictione, eique cohæret & ineſt. *l. 3. ff. hoc tit. l. 1. in fin. ff. de offic. ejus &c.* Alias appellatur imperium non merum. *l. ult.* §. 1. *d. tit.* quia meri appellatio nulli mixto convenit. Hoc autem imperium, & juriſdictio licet ratione perſonæ, cui competunt, ita inter ſe conjuncta ſint, ut alterum ſine altero eſſe non poſſit: tamen ut nominibus ſunt diſtincta, ita & re ipſa diverſa ſunt: id quod ex eo manifeſtum eſt, tum quod mandata juriſdictione hoc imperium ſimul tranſire dicitur, tanquam conſequens juriſdictionis, eique perpetuo cohærens. *d. l.* 1. §. *fin. & d. l. ult.* §. 1. *de offic. ejus.* tum quod definitur modica coercitio, qua magiſtratus juriſdictionem ſuam tuetur atque explicat. *d. l. ult.* §. 1. ut non tam pars ſit juriſdictionis, quam adjunctum inſeparabile; quanquam hoc ſenſu dici poteſt, unum quoddam cum juriſdictione compoſitum conſtituere.

2. Dicitur autem modica coercitio oppoſitive ad gravem animadverſionem, in qua conſiſtit imperium merum. Nimirum propter improbitatem hominum contumacium, & nec obedientium ſententiis & decretis magiſtratuum in cauſis civilibus neceſſe fuit portionem aliquam quaſi de imperio decerpere & jungere juriſdictioni, ut magiſtratus hac poteſtate armatus juriſdictionem ſuam defendere, & quæ vi juriſdictionis ſuæ ſtatuit ac decrevit, executioni mandare poſſit, cæteraque facere, ſine quibus juriſdictio foret eluſoria.

3. Licet igitur imperium hoc conjunctum atque unitum ſit cum juriſdictione,

re vera tamen, uti diximus, diversa sunt, atque actus jurisdictionis & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est, imperio; neque quod imperii, jurisdictioni tribui debeat. Causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jubere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari, captis pignoribus aut indicta multa, imperii non jurisdictionis. Jubere in carcerem ire in causa pecuniaria mixti quoque imperii est. *per l. 2. ff. de in jus voc.* & recte *Scip. Gentil. lib. 3. de jurisd. c. 10. post Zas. in l. 3. ff. hoc tit. n. 47.* notat, quarundam coercitionum species mixto & mero imperio esse communes, qualis item est multæ dictio.

4. Et præcedit igitur actus jurisdictionis, quem sequitur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Si paretur, subsistit mixtum imperium in nuda potentia & actu primo. Hæc sententia uti simplicissima, ita & verissima est, licet paucos auctores habeat, & præter Goveanum, Longovallium, Ant. Fabrum *lib. 4. conject. 4.* Bachovium *ad hunc tit.* fere neminem. In tantum ut cæteri juris magistri, qui decreta & jussa magistratuum imperii esse statuunt veluti jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, passim imprudentes sibi contradicant, dum ajunt imperium mixtum esse coercitionem cohærentem jurisdictioni, ut nervos habeat, & illud positum esse in executione atque expeditione. *vid. Coras. 3. misc. 17. Duar. de jurisd. c. 7. Dov. 17. comm. 6. Vaud. 2. quæst. 35. Fachin. 9. contr. 95.* Inter alios Scipio Gentilis *lib. 1. de jurisd. c. 3.* sic scribit. *Si consideramus materiam circa quam, jurisdictio & imperium mixtum non differunt: utrumque enim pertinet ad causas civiles & pecuniarias. Quod si non res, sed vim ipsam atque naturam jurisdictionis & imperii mixti spectamus, jurisdictionem esse dicemus, jus cognoscendi & statuendi de causis civilibus; mixtum vero imperium, potestatem, quæ jurisdictioni cohæret, ejus tuendæ atque exequendæ gratia.*

5. Hinc jam judicare licet, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, jurisdictioni adscribenda sint, an imperio mixto. Non possunt adscribi imperio. Nam, ut de datione bonorum possessionis primum dicam, quis actus jurisdictionis hic præcedit, quem bonorum possessionem dando prætor defendat? quem coercet? cui multam dicit? Si cognitionem aliquam dicas præcedere, nulla est sententia, quam non præcedat cognitio; nemo autem unquam dixit, mixti imperii esse pronuntiare sententiam, eum, a quo quid petitur, absolvere aut condemnare. Et alioqui etiam pedaneis judicibus, quos constat jurisdictionem non habere, tribuemus partem imperii, jurisdictioni perpetuo annexam, & remotam a nuda notione, quam solam judices pedanei habent. Relinquitur ergo, ut dicamus bonorum possessionem dare non imperii, sed jurisdictionis esse.

6. Hoc ipsum & ex eo quoque perspicuum est, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione versatur, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano *in pr. Inst. de bon. poss.* Correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, sed a jurisdictione prætoris veniunt, unde edicta omnia.

7. Sic igitur omnino habendum est, cum prætor alicui bonorum dat possessionem, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit, quod requiritur in ea, quæ decretalis dicitur, *l. 2. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse alicujus imperii,

perii, sed intra terminos jurisdictionis consistere. Quod si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, jam prætor utetur imperio vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercebit obnitentes. *Facit l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.*

8. Sed obstat nobis locus Ulpiani in *l. 3. ff. hoc tit.* ubi diserte Jurisconsultus ait, bonorum possessionem dare, esse mixti imperii: sic enim scribit: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Respondeo me non dubitare, quin lectio istius loci vitiosa sit, & vel cum Antonio Goveano legendum & distinguendum hoc modo; *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* nihil enim tam frequens est, quam iterati verbi omissio: aut cum Antonio Fabro *lib. 4. conject. 4.* pro *quod* substituendum *quæ*, ad hunc modum, *cui jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Utique verba sequentia, *Jurisdictio est etiam &c.* ostendunt prius a Jurisconsulto prolatum fuisse exemplum jurisdictionis, non imperii: potuitque facile nasci error ex utriusque syllabæ & notæ similitudine. Hanc mihi responsionem extorsit manifesta ratio juris. Hotomannus *lib. 7. observ. 16. & in d. l. 3. hoc tit.* etiam pro his verbis, *cui jurisdictio inest.* legi mavult, *quod jurisdictioni inest.* nec sane absque ratione. Nam proprie jurisdictio non inest imperio, sed hoc illi: & ideo non dicimus mixtam jurisdictionem, sed mixtum imperium: nec jurisdictionem cohærere, accedere, famulari imperio mixto, sed hoc jurisdictioni. *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de offic. ejus cui mand.* Cæterum non semper accurate satis loquuntur jurisconsulti: nec aliud sensisse existimo Ulpianum, cum mixto imperio inesse dixit jurisdictionem, quam imperium hoc jurisdictioni cohærere, hoc est, penes eum esse, cui competit jurisdictio.

9. His, quæ diximus, consequens est, neque imperii mixti esse, jubere cavere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere. Nam cum cavere jubet prætor, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, vi jurisdictionis suæ id facit, non imperii, non magis quam si judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui, & si jussui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adversarius in litem juraverit. Denique stipulationes prætorias omnes & ædilitias a jurisdictione venire aperte scriptum est apud Pomponium in *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* At si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedit, quod diximus, imperium, quo decretum suum prætor manu ministrorum exequatur. *l. 3. ff. ne vis fiat ei qui in poss.*

10. Negotium plerisque facessit, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. hoc tit.* & Paulum *l. ea quæ. 26. pr. junct. §. 1. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, restituere in integrum, imperii magis esse, quam jurisdictionis. Me vero parum ista movent, quippe qui certus sum verbo imperii in *dd. legib.* nihil minus significari, quam mixtum imperium, quo de hic quærimus: nam alioqui dicere debebant jurisconsulti jubere cavere, & in possessionem mittere jurisdictionis non esse, sed imperii mixti. Jam vero cum dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, illud significare voluerunt, esse quidem hæc jurisdictionis, sed eminentioris cujusdam, magisque imperiosæ, quam, ut cum Goveano loquar, juridicæ, in qua scilicet potestas majorum magistratuum, hoc, eorum qui tribunali præsunt, relucet: minores autem magistratus, quales erant magistratus omnes

municipales, ea quæ excellentioris hujus jurisdictionis sunt, facere non posse. *d. l. ea quæ. 26. pr. ad munic.* Atque hoc respectu alibi magistratus omnes inferiores dicuntur esse sine imperio & potestate. *l. nec magistratibus. 32. ff. de injur.*

11. Hujus ejusdem generis est & restitutio in integrum, *d. l. 26. §. 1. ad munic.* quippe nec ulla hic coercitio, nec dici potest ea cohærere jurisdictioni &c. Cognoscere quoque & pronuntiare de quæstione suspecti tutoris ad hoc idem genus pertinere patet ex *l. 1. §. suspecti. 11. ff. ad senat. Turpil.* ubi legimus suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quæstione, quam præsidem, posse pronuntiare, non quia id mixti sit imperii, nam & magistratus inferiores mixtum imperium habent: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis, quæ solis competit magistratibus majoribus, & imperii nomine passim a nostris designatur. *l. 8. & l. ult. de offic. proconf. l. 3. de offic. ejus &c. l. 2. ff. de adopt. l. cum prætor. 12. §. 1. ff. de judic. l. 7. §. si paciscar. 14. ff. de pact. l. quod jussit. 14. ff. de re judic.* quibus omnibus locis nomen imperii tribuitur huic excellentiori jurisdictioni, eoque nomine significatur, imperium quidem majorum magistratuum, sed quod tamen positum sit in jure dicundo. Neque immerito cum quid magistratus vi jurisdictionis suæ facit, imperare dicitur, cum & ipsa vox imperii pro magistratu interdum usurpetur. *Cic. lib. 3. de legib. Justa imperia sunto.* id est, magistratus legitime creantor.

12. Plerique cum hæc non intelligerent, ut aliqua saltem ratione se expedirent, duo genera imperii mixti commenti sunt; unum, quod jurisdictioni cohæreat atque subserviat, comparatum ad jurisdictionem contentiosam tuendam atque explicandam: alterum, cui insit jurisdictio, seu cui tanquam principali jurisdictio accedat atque ancilletur; cujus generis sint ea, quæ magis imperii esse dicuntur, quam jurisdictionis: & hoc ideo, quia sicut in priore specie jurisdictio, ita in hac magis emineat imperium. ita *Baro in l. ult. de offic. ejus. Muscorn. de jurisd. n. 143. Bocer. c. 4. 18. Obrecht. c. 12. n. 25. Hillig. ad Don. lib. 17. comm. 8.* In quo toto cælo eos errasse ex iis, quæ modo diximus, manifestum est. Nullum enim est mixtum imperium, ac ne fingi quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat cui accedat & famuletur jurisdictio: sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in modica aliqua coercitione, comparata jurisdictionis defendendæ atque expediendæ gratia.

13. Hoc autem constituto imperium mixtum consistere in modica coercitione, qua sine nulla sit jurisdictio; id imperium cohærere jurisdictioni eique subservire, consequens omnino est omnes, qui jurisdictionem habent, etiam hoc habere imperium; ac proinde etiam magistratus minores in municipiis, cum & ipsi habeant jurisdictionem: Quemadmodum enim magistratus intelligi non potest sine jurisdictione, ita nec potest sine imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat, quod statuit aut decrevit. Enim vero non est necesse, ut quicunque magistratus est, omnes partes hujus imperii habeat, sicut nec ex diverso, ut habeat plenam jurisdictionem: at partem saltem aliquam habere oportet, quæ muneri cujusque tuendo, sufficiat. Sic magistratus municipales etsi forte jus multæ dicendæ non habeant. *arg. l. 1. pr. si quis jus dic. non obtemp. l. aliud est fraus. 131. §. 1. de verb. sign.* pignoribus tamen captis jurisdictionem suam tueri possunt. *l. quemadmodum. 29. §. pen. ff. ad leg.*
Aquil.

Aquil. l. 3. §. 1. *de reb. eor. qui sub tut. l.* 4. §. 2. *de damn. infect.* non male in hanc sententiam disserit *Donel. lib.* 17. *comm. c.* 7.

CAP. VIII.

De jurisdictione propria & mandata.

SUMMARIUM.

1. *Quinam propriam jurisdictionem habeant.*
2. *An legatus proconsulis.*
3. *Mandata jurisdictio quid.*
4. *Quid sit mandare jurisdictionem.*
5. *Eum, cui mandata est jurisdictio, magistratum non esse.*
6. *Quæ jurisdictio quibus mandari possit.*
7. *Mandari posse, quæ sunt jurisdictionis ordinariæ; non posse, quæ extraordinariæ, & quare. item n.* 8. *&* 9.
10. *Manumissio, adoptio, emancipatio an apud delegatum exerceri possint.*
11. *An apud legatum proconsulis. ad l.* 17. *ff. de man. vind. & l.* 2. §. 1. *junct. l.* 3. *de off. procons.*
12. *Tutoris datio an mandante magistratu transeat.*
13. *Etiam causas cognitionis prætoriæ mandari posse.*
14. *Mandata tamen simpliciter jurisdictione non transferri.*
15. *An mandari possit mixtum imperium.*

NONDUM omnia jurisdictionis genera executi sumus: itaque illuc redeo, & me confero ad reliqua explicanda. Notabilis est distributio jurisdictionis in propriam, mandatam, & prorogatam. Nimirum jurisdictio quædam competit jure proprio, quædam non jure proprio, sed beneficio alterius.

1. Propriam habent magistratus, utpote quibus ea potestas principaliter data. *l.* 6. *ff. hoc tit.* ad hoc enim magistratus a populo aut principe creati & constituti sunt, ut jus dicant reddantque. *l.* 2. §. *post originem.* 13. *de orig. jur.* qui ob id etiam jurisdictioni præesse dicuntur. *l.* 12. *de legib. l.* 10. *ff. hoc tit. l.* 1. *ff. de judic.* Nec tantum magistratus ordinarii propriam jurisdictionem habent; verum etiam qui extra ordinem constituuntur juris publice dicundi causa, ut præfectus vigilum & annonæ. *l.* 3. §. 1. *de offic. præf. vigil.* eoque referri possunt & delegati a Principe. Item magistratus municipales, quorum jurisdictio continetur intra territorium cujusque municipii. *l.* 3. *ff. de tut. dat. l. duumvirum.* 53. *C. de decur. lib.* 10.

2. Cum autem non alii, quam magistratus hanc jurisdictionem habeant, sequitur nec legatum proconsulis propriam habere jurisdictionem: scilicet quia nec legatus magistratus est; erratque Onufrius *lib.* 3. *de imp. Rom.* legatum referens inter magistratus populi Romani. Nam magistratus ex ipsa creatione immediate a populo aut Principe jurisdictionem accipiunt: legatus autem, etsi proconsuli adjutor in partem curarum a senatu dabatur, ut ex Appiano supra retulimus, jurisdictionẽ tamen a procon-

ſule accipiebat *l.* 4. §. *ult. l.* 12. & *l. ſeq. de offic. proconſ. l.* 1. §. *an autem* 4. *ff. de ſuſpect. tut.* Aperte autem inter ſe pugnant, eandem juriſdictionem & mandatam eſſe & propriam; eundem pro ſuo imperio agere, & alienis partibus fungi. *l.* 1. §. 1. *de offic. ejus.* Quod ſi legatus ſuo jure haberet juriſdictionem, utique & alii eam mandare poſſet per *l.* 5. *hoc tit.* quod tamen nuſquam traditum eſt, nec morte proconſulis finiretur, contra *l.* 6. *eod. Govean. in d. l.* 6. *n.* 9. Poteſt quidem dici etiam legatum quædam propria habere. *l.* 13. *de offic. proconſ.* ſed ea videlicet, quæ mandata non ſunt, nec mandari poſſunt, veluti jus dandi tutoris. *l. pen. eod. tit.* quod ei ſpecialiter datum eſt oratione D. Marci. *l.* 1. §. 1. *ff. de tut. dat.* Nec tamen eo modo hæc dicuntur propria, quo illa, quæ jure magiſtratus competunt; ſed quia hæc a proconſule non accipit legatus, nec in iis proconſulem recognoſcit. Atque ad hæc forte referendum, quod Venulejus *l.* 2. *ff. quis & a quo appell.* ſcribit, a legatis proconſulem appellari, de quo plura inferius. Apud nos item magiſtratus omnes & ſoli propria ſunt juriſdictione præditi: Vaſalli autem de juriſdictione cum feudo inveſtiti etiam juriſdictionem habent patrimonialem, quam & in heredes una cum feudo tranſmittunt. Itaque hi non ſunt ſimplices magiſtratus. Ejus autem juriſdictionis, quæ proprio jure non competit, duæ ſpecies recte conſtituuntur, mandata & prorogata. De utraque hac ſpecie dicemus ſeparatim, ac primum de mandata.

3. Mandata juriſdictio eſt, quam quis habet delegatam ab iis, qui eam proprio jure obtinent; ac proinde beneficio alieno. *per. l.* 5. *ff. hoc tit.* Quatuor hic fere quæſtiones examinandæ occurrunt. 1. poſſitne quam quis juriſdictionem habet, eam alteri mandare. 2. ſi poteſt, quando pro poteſtate ſit mandata. 3. quatenus mandata tranſeat. 4. tranſlata quomodo & quando finiatur.

4. Primo ſatis conſtat juriſdictionem, quam quis habet, alii mandare poſſe, ſed inquam mandare, id eſt, alii exequendam dare, qui eam nomine mandantis exerceat. *l.* 3. *de offic ejus &c. l. ſolet.* 16. *ff. hoc tit.* qui vice & partibus ejus, qui mandavit, utatur. *l.* 1. §. 1. *de offic. ejus.* ac proinde etſi is, cui mandata eſt, eam exercet, nihilominus tamen, qui mandavit, jus dicere intelligitur, per *l.* 5. §. 3. *ff. de adm. tut.* & mandatarius juriſdictionis ſimplex & purus vicarius eſt, non magiſtratus. Transferre autem juriſdictionem ſuam in alium, atque ab ſe abdicare nemo poteſt, *l. pen. ff. de offic. præſid.* quoniam nimirum hac tranſlatione conſtitueret magiſtratum, quod ſolius eſt ſupremæ poteſtatis. *Vult. ad l.* 3. *C. hoc tit. Scip. Gentil. lib.* 2. *de juriſd. c.* 26. eſtque perſpicuus error Buſii in *l.* 1. §. 1. *n.* 2. & 4. *de offic. ejus.* aſſeverantis etiam eum, cui mandata eſt juriſdictio, magiſtratum eſſe: non enim quævis juris dicundi poteſtas magiſtratum facit, ſed ea tantum, in qua principem obtineas locum, quam tuo jure, non alieno mandatu exerceas, ut recte *Donell.* 17. *comm.* 7. Poteſt ſane is, qui ſummæ rei præeſt, majores creans magiſtratus, his impertiri facultatem minores conſtituendi, ſicut apud nos quædam civitates jus magiſtratus eligendi a Principe habent: ſed tale jus magiſtratibus Romanis conceſſum fuiſſe nuſquam proditum eſt.

5. Cæterum non omnes, qui juriſdictionem habent, eam mandare poſſunt: ſed nec cuivis mandari juriſdictio, neque omnia poſſunt, quæ ſunt ejus, qui juriſdictionem habet, ut jam amplius hic quærendum ſit, quis, cui, quatenus, quid eorum mandare poſſit.

6. Et more majorum ita comparatum fuit, ut is demum juriſdictionem mandare poſ-

posset, qui eam suo jure, non alieno beneficio haberet. *l. more majorum. 5. ff. hoc tit.* qui haberet propriam, non etiam qui sibi mandatam. *l. ult. de offic. ejus.* Qui enim utitur aliena, is eam alteri utendam dare non magis potest, quam rem sibi commodatam alteri commodare. *fac. l. nemo plus. 54. de reg. jur.* Hinc vulgatum illud, delegatum subdelegare non posse: cujus quidem regulæ exceptiones aliquot recensentur a Costalio in *d. l ult. de offic. ejus*, sed quæ natæ sunt ex errore confundentium delegationem jurisdictionis cum datione judicum. Una exceptio ex parte vera, quod delegatus Principis subdelegare potest: de quo pluscula cap. sequenti. Mandari porro jurisdictio iis omnibus potest, qui & judices dari possunt. Qui autem idonei judices non habentur, iis nec jurisdictio recte mandabitur: quo in numero sunt surdus, mutus, perpetuo furore laborans, impubes, senatu motus, fœmina, servus, quibus foro interdictum est, & si qui sunt similes. *l. cum prætor. 12. §. 2. ff. de judic. & ibi gloss. & DD.*

7. Sed nec omnia, quæ sunt jurisdictionis in genere acceptæ, mandari possunt: nam ut supra dictum est, quædam jurisdictio est extraordinaria, & adventitia, quæ competit ex speciali concessione legis aut Principis: quædam ordinaria & genuina, quæ magistratui competit jure sui magistratus. Quæ jurisdictionis sunt ordinariæ, ea omnia mandari possunt & mandata jurisdictione transeunt. At contra nihil eorum mandari potest, quæ specialiter lege, senatusconsulto, vel constitutione Principis conceduntur, nec quicquam eorum mandata jurisdictione transfertur. *l. 1. de offic. ejus &c.* Nimirum quæ jure magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt: quæ autem specialiter magistratui concessa sunt, non transeunt, quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem magistratus, cui tributa sunt, necessario, non pertinet.

8. Mandari igitur possunt, quæcunque sunt jurisdictionis contentiosæ, & mandata jurisdictione transferuntur: inter quæ & jubere cavere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere, de suspectis tutoribus cognoscere. *l. 4. pr. & §. 1. de offic. ejus. l. 1. §. an autem. 4. ff. de suspect. tut.* Jure quoque ordinario magistratui competit bonorum possessionem postulantibus dare, quamvis id voluntariæ sit jurisdictionis: proinde & hæc potestas mandari potest. *d. l. 4. §. 1. de offic. ejus.*

9. Ex contrario jus cognoscendi super transactione de alimentis ultima voluntate relictis, super alienatione prædiorum minoris, super adrogatione impuberis, manumissione a minore viginti annis facienda, non recte mandatur, quia jurisdictionis extraordinariæ est, sive specialiter & extra ordinem concessæ. *l. 2. pr. & §. 1. de offic. ejus. l. 8. pr. & §. sed nec. 18. de transact. l. si paterfam. & ll. seqq. ff. de adopt.*

10. Eandem fere rationem habet, quod hi actus voluntariæ jurisdictionis, adoptio, manumissio, emancipatio, quæ proprie legis actiones dicuntur, mandari non potuerint. *l. 1. C. de adopt. l. 2. §. 1. & l. 3. de offic. proconf.* ex quibus locis discimus; hujusmodi actus expediri non posse, nisi apud eum, apud quem plena sit legis actio: eum autem, cui mandata est jurisdictio, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Sunt, qui existimant hasce legis actiones magistratibus Romanis proprio jure competiisse, singulari tamen cum restrictione, ut ne mandarentur: atque inde factum, ut iis, quæ speciatim concedebantur, annumeraren-

rarentur; ut vero aliis magiſtratibus competerent, lege & ſpeciali conceſſione opus fuiſſe. *per l. 1. de offic. jurid. l. apud præfectum. 21. de manum. vind. l. 1. C. de vind. libert.* At hæc eodem recidunt.

11. Objicitur hic nobis *l. apud proconſulem. 17. de manum. vind.* ubi ita ſcriptum eſt: *Apud Proconſulem, poſtquam urbem egreſſus eſt, vindicta manumittere poſſumus. Sed & apud legatum ejus manumittere poſſumus.* cui loco e diametro obſtat *l. 2. §. 1. de offic. procons.* verba hujus loci ſunt hæc; *Apud legatum proconſulis nemo manumittere poteſt, quia non habet juriſdictionem talem*; nimirum voluntariam, qualem habet proconſul. & mox *l. 3. eod.* ſubjicitur, *Nec adoptari poteſt: omnino enim non eſt apud eum legis actio.* Duarenus *ad tit. de offic. proconſ. Hotomannus 2. amic. reſp.* 1. & alii hæc loca conciliant adhibita hac diſtinctione, ut interſit, utrum legatus provinciam jam ingreſſus ſit: an necdum. Quamdiu nondum ingreſſus eſt provinciam, actum manumiſſionis apud eum celebrari non poſſe, eoque pertinere *d. l. 2. & 3. de offic. proconſ.* poſſe autem, ubi provinciam ingreſſo a proconſule mandata eſt juriſdictio; quo referunt *d. l. apud proconſulem. 17. de manum. vind.* Huic conciliationi per me licet, qui volet, acquieſcat, potius quam antinomiam in re, quæ apud antiquos minime dubia eſſe potuit, admittat. Sed tamen, ut verum fatear, nunquam mihi hæc conciliatio probabilis viſa eſt. Primum quia quod Paulus initio *d. l. apud proconſulem. 17. de man. vind.* ait, poſſe apud proconſulem manumitti, poſtquam urbem egreſſus eſt, idem eum intellexiſſe omnino veriſimile eſt & in eo, quod mox ſubjicit, de legato, ut ſcilicet & apud eum manumiſſio procedat, ſimulatque urbem egreſſus ſit. Deinde quia ratio, ob quam Marcianus in *d. l. 2. §. 1. de offic. proconſ.* negat apud legatum manumiſſionem fieri poſſe, nempe quia talem juriſdictionem non habet, admiſſa ſuperiore diſtinctione inepta plane eſt: Nam legatus antequam provinciam ingreſſus juriſdictionem a proconſule accepit, nullam omnino habet (ac ne mandari quidem ei ante juriſdictio a proconſule poteſt. *l. 4. §. poſt hæc. 6. de offic. proconſ.* Poſtremo ratio ab Ulpiano allata in *l. 3. eod. tit.* quod omnino non ſit apud legatum legis actio, manifeſto excludit etiam id tempus, quo legato jam provinciam ingreſſo a proconſule mandata eſt juriſdictio. Quod ſi juriſdictio in hac cauſa mandari potuit legato, velim aliqua mihi detur ratio, cur mandari nequiverit, ſimulatque proconſul ipſe eam potuit exercere, id eſt, ſtatim quam urbem eſſet egreſſus. Suſpicor igitur lectionem *d. l. 17.* mendoſam eſſe, & pro *apud legatum ejus*, reponendum, *apud legatum Cæſ.* id eſt, *Cæſaris*; erroremque natum ex notis *ejus* & *Cæſ.* quod & ante me nonnulli alii ſuſpicati ſunt, teſte Gothofredo. Eſt autem legatus Cæſaris idem, qui paſſim præſes provinciæ appellatur. *l. pen. ff. de offic. præſ.* & probabile admodum eſt, juriſconſultum oſtendere voluiſſe, idem proconſulis & præſidis hac in cauſa jus fuiſſe, atque apud utrumque ſimulac urbem egreſſi eſſent, manumiſſionem expediri potuiſſe.

12. Tutoris quoque datio ex ſpeciali conceſſione eſt, non juriſdictionis ordinariæ. *l. 6. §. 2. ff. de tutel.* idque ex eo intelligimus, quod olim prætor urbanus cum majore parte tribunorum plebis id jus habuit ex lege Attilia, præſides provinciarum ex lege Julia & Titia. *pr. inſt. de Attil. tut.* poſtea conſules, & mox prætores ex conſtitutionibus. *§. 3. Inſt. eod. tit.* Quapropter nec hanc poteſtatem mandante magiſtratu tranſire traditum eſt *l. 8. de tut. dat.* nec obſtat, quod apud Juſtinianum legimus, juſſu præſidum magiſtratus municipales tutorem dare poſſe. *§. 4. Inſt. d. Attil. tut.* Nam hoc

hoc non ita accipiendum eſt, quaſi vi hujus juſſus aut mandati magiſtratus potuerint dare tutores (nam his quoque id jus ſpecialiter datum eſt *l.* 3. *de tut. dat.*) ſed quod non ante hoc jus uſurpare poterant, quam rem ad præſidem, cujus priores partes erant, detuliſſent, iſque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, ad eos remiſiſſet. *l.* 1. §. *ſi præſes.* & § *ſi curatores. ff. de magiſt. conven.* Nec admodum diſſimile eſt exemplum legati proconſulis, qui mandata demum a proconſule juriſdictione tutorem dare poteſt. *l.* 13. *junct. l. pen. de offic. proconſ.* cæterum non propter mandatam juriſdictionem; ſed quia id ei ſpecialiter datum eſt oratione D. Marci. *l.* 1. §. 1. *ff. de tut. dat.* Merum imperium mandari non potuiſſe, quod & ipſum ex ſpeciali conceſſione magiſtratibus quibuſdam competit, ſupra relatum eſt, ſed hoc a juriſdictione remotum.

13. Illud hic quæſitum eſt, an etiam cauſæ cognitionis prætoriæ mandari poſſint, hoc eſt, cauſæ, de quibus ipſi magiſtratus ex officio cognoſcebant, non judicem dabant, quæ etiam extraordinariæ cognitiones dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque uſitatum, ſine ſolennibus & ſtrepitu judicii, ſine formula expediebantur & diſceptabantur a magiſtratu ipſo: de cujuſmodi cauſæ erant, cognitio de ſalariis advocatorum, medicorum, profeſſorum liberalium artium. *l.* 1. *de extraord. cognit.* perſecutio fideicommiſſi. *l. pecuniæ.* 178. §. 2. *ff. de verb. ſign. Ulpian. in fragm. tit.* 25. §. 10. petitio liberorum, qui in poteſtate ſunt. *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* reſtitutio in integrum ex edicto de minoribus. *l. in cauſæ.* 13. §. 1. *l. quod ſi.* 24. §. *ult. ff. de minor.* Et quidam exiſtimaverunt hujuſmodi cauſas mandari non poſſe, inter quos & D. Cujacius *lib.* 7. *obſ.* 23. & *in d. l. pecuniæ.* 178. §. 2. *de verb. ſign.* ubi ait eas magiſtratui ſpecialiter conceſſas. Sed perperam, ut mea quidem fert opinio. Nam quod in hiſce cauſis judex dari non potuit. *l.* 2. *C. de pedan. judic.* ex eo non continuo ſequitur, nec mandari potuiſſe; quod enim judex in his cauſis dari non potuerit, id propriam rationem habet, quia certo jure non nitebantur, neque certæ & ordinariæ harum cauſarum erant actiones aut formulæ, ut patet ex *d. l. quod ſi.* 24. §. *ult. de minor.* Ex hoc edicto, inquit ibi Paulus, nulla proprie actio vel cautio proficiſcitur; totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione. Ratio autem nulla eſt, cur minus juriſdictio in his cauſis, quam in aliis mandari poſſit, quod & Scipio Gentilis *lib.* 1. *de juriſd. c.* 20. bene obſervavit. Nimirum cognitio prætoria vel præſidialis eſt etiam in eo, cui mandata eſt juriſdictio, licet non ſit in judice dato. Quæ decretum requirunt & pro tribunali explicanda ſunt, prætorem deſiderari dicuntur, *l. ubicunque.* 105. *de reg. jur.* nec tamen hinc excluditur is, cui juriſdictio mandata eſt, qui vice ejus, qui mandavit, fungitur, ſed tantum judices pedanei & magiſtratus municipales qui pro tribunali non cognoſcebant; atque hinc explicandum quod dicitur in *l.* 1. §. *ſuſpecti.* 11. *ff. ad Sen. Turp.* ſuſpecti tutoris accuſationem tantum pro tribunali examinari poſſe, neque de hac quæſtione alium, quam præſidem poſſe pronunciare: nam hujus quoque rei cognitionem mandata juriſdictione tranſire conſtat. l. 1. §. 4. *ff. de ſuſpect. tut.*

14. Plane ſi quis querat, an juriſdictione ſimpliciter mandata, etiam cognitio ſuper hujuſmodi cauſis tranſlata intelligatur, reſponderem non intelligi tranſlatam: neque enim omnia, quæ ſpecialiter mandari poſſunt, in genere mandata juriſdictione tranſeunt, per *l.* 4. *de offic. ejus. junct. l.* 1. §. 4. *ff. de ſuſp. tut.* ubi reſcripto deciſum, non an cognitio de ſuſpectis tutoribus in ſpecie mandari potuerit, ſed an juriſdictione

Q ſim-

ſimpliciter mandata, iſta quoque mandata intelligeretur. Sic in mandato procuratorio generali non omnia continentur, ſed quædam requirunt mandatum ſpeciale: quos caſus collegit *Mozz. c. de diviſ. mand. n.* 11. *& ſeqq.*

15. Memini quoque quæſitum eſſe, an mixtum imperium mandari poſſit. Sed hæc quæſtio mihi inepta atque abſurda videtur, niſi ita accipiatur, an mandata juriſdictione ſimul imperium, quod non eſt merum, tranſeat. Inauditum quippe eſt, imperium mixtum, quod juriſdictionis tuendæ cauſa comparatum eſt, veluti multam exigere, pignora capere, quod eſt apparitorum, ſeorſum mandari ſine juriſdictione. Quod ſi ita quæſtio proponatur, an mandata juriſdictione etiam imperium mixtum in eum, cui juriſdictio mandata eſt, tranſeat, nullam cauſam video, cur id affirmare dubitemus, cum ſine ullo imperio juriſdictio explicari nequeat, & ſunt in eam rem textus expreſſi in *l.* 1. §. 1. *l. ult.* §. *ult. de offic. ejus.* Plane imperium mixtum, quod juriſdictioni extraordinariæ & adventitiæ ſubſervit, mandata juriſdictione non magis tranſit, quam ipſa illa juriſdictio.

CAPUT IX.

Quando juriſdictio mandata, quatenus & quo effectu tranſlata intelligatur.

SUMMARIUM.

1. *Quando juriſdictio mandata intelligatur.*
2. *Quid interſit, magiſtratus an Princeps juriſdictionem mandet, item n.* 3. *&* 4.
5. *Ex quo æſtimandum, quatenus juriſdictio tranſeat.*
6. *Juriſdictionem mandatam ſic transferri, ut ſemper maneat aliena, ejuſque rei effecta.*
7. *Neque hinc excipiendum eſſe legatum proconſulis, ubi explicatur l.* 4. §. *ult. de off. proconſ.*
8. *Sententia l.* 13. *eod. tit.*
9. *Explicatio l.* 2. *quis a quo app.*
10. *In eum, cui delegata eſt juriſdictio etiam mixtum tranſire imperium, ubi inſignis veterum interpp. error reprehenditur.*
11. *Sententia l.* 13. *ff hoc tit.*
12. *Apud Belgas morem delegandi judices fere exoleviſſe.*

1. MANDATA juriſdictio intelligitur, ubi magiſtratus dicit ſe mandare aut delegare alicui juriſdictionem ſuam, ſe juriſdictionem ſuam alicui exercendam dare, ſive velle ſe, ut quis in juriſdictione vice ſua & partibus fungatur, ſive juriſdictionem ſuam alicui dare. *l.*3. *l.*4. *de offic. ejus. l. ſolet.* 16. *ff. hoc tit.* Neceſſe autem eſt, ut delegatus exhibeat literas mandati; alioqui ei non creditur. *c. cum in jure. x. de offic. deleg.*

2. At enim multum intereſt, Princepsne, an magiſtratus his verbis utatur: nam ſi magiſtratus quibuſcunque ex ſuperioribus verbis uſus fuerit, nihil amplius, quam mandaſſe juriſdictionem intelligitur. Quod ſi magiſtratus judicem dare ſe aliquem dixerit, is nudus judex erit: cujus rei effecta hæc, ut nec juriſdictionem habeat, neque alium judicem dare poſſit, nec ſententiam, quam tulerit, valeat exequi. *l. a judice.* *C. de*

C. de judic. l. 5. l. a Divo. 15. ff. de re jud. quod contra esset, si his verbis jurisdictio mandata intelligeretur. *l. 2. l. 3. in fin. hoc tit. l. ult. §. 1. de offic. ejus.*

3. Utrumque hoc contra in principe. Cum princeps jurisdictionem alicui dedit, is eam propriam habebit, non tanquam mandatam: utpote quæ tanquam a lege profecta sit: siquidem potestas dandi & efficiendi propriam, quam magistratus non habent, in Principe cum voluntate concurrit, per *l. 6. ff. hoc tit. junct. l. 1. ff. de constit. princ.* Effectus hic, ut ne finiatur hæc jurisdictio morte Principis, quod contra futurum erat, si mandata tantum intelligeretur. *d. l. 6. hoc tit.* Rursus quem Princeps judicem tantum dedit, ei & jurisdictionem mandasse intelligitur, id quod potestas huic judici tributa manifeste probat. Nam qui a Principe judex datus est, is etiam alium judicem dare potest; atque ab hujus sententia appellatur is, qui eum dedit, non Princeps. *l. 1. C. de judic. l. un. in fin. C. qui pro sua jurisd. junct. l. 1. l. ult. ff. quis a quo appell.* Atque hanc mentem esse Principis causam aliquam delegantis existimari par est, tum propter occupationes ejus, tum quia etiam ipsa executio majestate ejus est inferior.

4. Cæterum cum mandata duntaxat jurisdictio in persona judicis a Principe dati accipiatur, idcirco morte Principis ea finietur. *d. l. 6. ff. hoc tit.* Hinc jam facile intelligi potest, quatenus recipiendum, quod vulgo tradunt, delegatum Principis subdelegare posse, nempe posse eum alium judicem dare; idque semper, non tantum si propriam habeat ex datione Principis jurisdictionem, sed & si mandatam duntaxat, qualem etiam in eo agnoscimus, qui vel judex a Principe datus sit: jurisdictionem autem alii delegare non posse, nisi ex voluntate Principis ejus propria facta sit: quod ut jam diximus, contingit etiam jurisdictione a Principe mandata.

5. Quatenus mandata jurisdictio transeat, ex ipso mandato æstimandum est, quemadmodum & in cæteris rebus omnibus fines mandati custodiendos esse constat. *l. solet. 16. & ll. seqq. ff. hoc tit. l. 5. ff. mandat.* ac proinde ad cautelam advocati pertinere tradunt, ut petat palam commissionem legi, atque animadvertat, quid & quantum mandatum sit. Potest & ipse committens super dubio consuli. *Gail. 1. obs. 35. n. 3. & seqq.* Et igitur si tota jurisdictio mandata est, universa transit, ut tamen semper excepta esse intelligantur, quæ mandanti specialiter concessa sunt: nam absurdum esset generali oratione plus tribui & concedi posse, quam speciali. *l. solet. 16. ff. hoc tit. junct. l. 1. §. 1. l. 2. de offic. ejus.* Si pars tantum mandata, puta in certas personas aut causas, nihil amplius, quam quod mandatum est, transit. *l. prætor. 17. ff. hoc tit.* Quinimo etsi simpliciter & indefinite jurisdictio mandata sit, ea tamen, quæ sunt cognitionis prætoriæ, transire non puto, sed ut transeant, opus esse mandato speciali, secundum ea, quæ dicta sunt capite præcedenti.

6. Quicquid autem hic transfertur, meminerimus hactenus transire, ut semper sit aliena jurisdictio, neque pro suo imperio quicquam agat is, qui mandatam jurisdictionem suscepit, etiamsi & ipse prætor sit: sed mandatoris vice in ea exercenda fungatur, proprium nihil in ea habens. *d. l. 1. §. 1. l. 3. de offic. ejus. d. l. solet. 16. ff. hoc tit.* Unde est, quod ab eo, cui mandata est jurisdictio, non provocatur is, qui mandavit, sed ille, a quo ipse provocaretur. *l. 1. §. 1. ff. quis a quo appel.* ne videlicet idem videatur appellari ab eodem. Nec excipimus hic legatum proconsulis: nam & legati jurisdictio vicaria & aliena est, positumque in arbitrio proconsulis utrum juris-

dictionem mandet, vel non mandet; quamvis mandatam temere aut inconsulto principe revocare nequeat. *l. 6. §. 1. l. legati. 13. de offic. proconſ.* Neque ei, quod dicimus, adversatur responsum Ulpiani *l. 4. §. ult. d. tit.* hoc enim jurisconsulti pronuntiato, *proconsul ingressus provinciam mandare jurisdictionem legato suo debet*, non simpliciter injungitur proconsuli jurisdictionis mandandæ necessitas; sed verbum *debet* in hoc responso ad tempus, quo mandanda jurisdictio est, refertur, præsupposita mandandi voluntate: ut hic sit sensus, si vult mandare, debet hoc facere provinciam ingressus. Etenim non quæritur ibi, an mandare proconsul jurisdictionem possit vel debeat, sed quando debeat, nimirum postquam provinciam ingressus est. Atque hanc esse sententiam jurisconsulti evincit ratio ab illo subjecta: ait enim absurdum esse, ut proconsul mandet jurisdictionem, prius quam ipse jurisdictionem nactus sit. Sed etsi hoc largiremur, proconsulem præcise debere jurisdictionem legato suo mandare, ex eo tamen non protinus sequitur, eam legati propriam fieri; nam alioqui & ipse eam mandare alii posset, nec morte proconsulis solveretur, quod utrumque secus se habere ostendimus capite proxime præcedenti.

8. Multo minus ex eo, quod Pomponius *l. 13. de offic. proconſ.* scribit, legatos proconsulis nihil proprium habere, nisi a proconsule mandata eis fuerit jurisdictio, inferri potest, ergo ubi mandata est jurisdictio, eam habent propriam: sed hoc tantum, ergo mandata jurisdictione, quædam propria habent, atque hoc suo sensu recte dici non negamus, hujus autem generis sunt, quæ specialiter legato tributa, occasione quidem, sed non vi mandatæ jurisdictionis, veluti tutoris datio. *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat.* judicis dandi licentia. *l. 12. §. 1. ff. de judic.* jus multæ dicendæ. *l. 2. in fin. ff. eod. tit.* quæ ideo legati propria esse dici possunt, quia ea a proconsule non recognoscit: quod fusius exposui *cap. præced.*

9. Sed quærat aliquis, si legatus propriam jurisdictionem non habet, quæ sit ratio, quod a legato appelletur proconsul. *l. 2. ff. quis a quo appell.* cum a cæteris, quibus delegata est jurisdictio, provocetur, non qui mandavit, sed ille, qui provocaretur ab ipso delegante. *l. 1. §. 1. eodem.* Respondeo, non existimo perpetuum esse, ut a legato provocetur proconsul, sed in iis duntaxat causis obtinuisse, quas diximus ex speciali concessione, non vi mandatæ jurisdictionis ad legatum pertinere; puta si tutoris aut judicis a se dati excusationem non admiserit, aut multam alicui dixerit. Neque huic responsioni nostræ refragatur Venulejus in *d. l. 2. quis a quo appell.* quoniam & ille multæ dictionis tantum meminit, nec dicit simpliciter proconsulem a legato appellari, sed appellari posse: nempe aliquando, & positis, ut loquuntur, terminis habilibus.

10. Porro cum is, cui jurisdictio mandata est, in ea exercenda vice mandantis fungatur, & ut supra demonstravimus, etiam imperium mixtum, quod jurisdictionis defendendæ & exequendæ gratia comparatum est, transeat, poterit utique mandatarius & sententiam, quam dixit, ipse exequi. *l. 1. §. ult. l. ult. §. 1. de offic. ejus. l. 2. ff. hoc tit.* Atque insignis veterum interpretum hic error est, qui negant, posse delegatum jurisdictionis sententiam suam executioni mandare. *Bart. & DD. in l. a D. pio. 15. ff. de re jud. & l. 5. ff. hoc tit.* quos sequitur *Gail. lib. 1. obſ. 97. n. 7.* Decepit eos *d. l. 15. pr. de re jud.* quoniam non animadverterunt Jurisconsultum illic loqui de judicibus datis seu pedaneis, non de eo, cui mandata est jurisdictio. Nimirum illi

con-

confundunt mandatarium jurisdictionis cum judice pedaneo: item mandare jurisdictionem, & judicem dare aut delegare: unde existimarunt nec judicem dari posse ab eo, cui delegata est jurisdictio, per *l. 5. ff. hoc tit. l. ult. de offic. ejus.* Sed longe aliud est jurisdictionem mandare aut delegare, aliud simpliciter dare judicem. Qui jurisdictionem mandat, is quidem etiam judicem constituit, sed cum imperio & potestate exequendi: quod is, cui jurisdictio mandata est, hoc est, commissa alienæ jurisdictionis exercitio, facere non potest. Judicem vero dare non prohibetur. *l. 1. l. 3. ff. hoc tit.* quia judice dato non transfertur jurisdictio, sed nuda solummodo notio conceditur, id est, facultas cognoscendi & judicandi sine judicati exequendi potestate. *l. 5. & d. l. 15. de re judic.*

11. Obstare creditur responsum Ulpiani in *l. eum qui. 13. pr. ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait eum, qui judicare jubet, Magistratum esse oportere. Is autem, cui jurisdictio mandata est, non est Magistratus. Verum παχυμερέστερον hunc locum accipi oportet, non ut excludatur is, cui mandata est jurisdictio, qui vice magistratus fungitur, sed ut intelligamus non posse jubere judicare eum, qui magistratus nunc non sit, aut jurisdictionem nunc non habeat, quamvis tunc cum haberet, judicem dederit, secundum id, quod statim subjicitur §. 1. *d. l. 13. Pet. Fab. in l. nemo potest. 70. de reg. jur.*

12. Mos dandi judices apud nos in totum exolevit: nam delegati a Collegiis, quos Commissarios appellamus huc non pertinent: neque ab iis, qui summæ rei præsunt, in causis revisionum aliisve extra ordinem delegati. Et jam olim a Diocletiano ipsis magistratibus cognoscendi & judicandi imposita necessitas extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impedirentur. *l. 2. C. de pedan. judic.* Ac neque illud apud nos moris est, ut magistratus delegent jurisdictionem suam. Quomodo & quando mandata & translata jurisdictio finiatur, quæ quæstio ex quatuor supra cap. 8. propositis, postrema est, dicetur in commune *cap. ult.*

CAPUT X.

De jurisdictione prorogata.

SUMMARIUM.

1. *Jurisdictio prorogata quid sit, & quo colore sustineatur.*
2. *Non esse locum prorogationi nisi inter eos, qui communi imperio subjecti.*
3. *Nec nisi in diversis magistratibus, qui non sint simul domini territorii.*
4. *In prorogatione solum partium consensum requiri.*
5. *Eum, in quem consensum est, aliquam jurisdictionem habere debere.*
6. *An mandata jurisdictio possit prorogari. & n. 7.*
8. *Ex quatuor prorogandi formis, quas vulgo statuunt, illum de loco ad locum juri nostro parum convenire. item n. 9. & 10.*
11. *An jurisdictio judicis ita prorogari queat, ut quolibet loco in suo territorio jus dicat.*

12. *An veteribus cognita prorogatio de tempore ad tempus, ubi exponitur l. 2. §. 2. ff. de judic.*

1. SPECIES altera jurisdictionis non propriæ est, quæ dicitur prorogata. Prorogatio jurisdictionis nihil aliud est, quam jurisdictionis extra fines suos consensu privatorum facta productio. Hanc ergo jurisdictionem privati quodammodo tribuunt: quippe cum cujusque jurisdictio suis terminis circumscripta sit, extra quos eam sine prorogatione exercere non liceat. *l. ult. ff. hoc tit. d. l. 1. l. 2. ff. de judic.* Cæterum quod de mandata jurisdictione traditum est *l. 6. ff. hoc tit.* eam quidem principaliter non dari aut deferri a lege; sed mandatam lege confirmari, hoc vel magis dicendum est de prorogata, scilicet eam quoque lege confirmatam esse; & haud dubie ideo, quia ad lites facilius expediendas pertinet: nisi enim prorogatio confirmatione legis niteretur, nunquam ea efficeret, ut decretis aut sententiis magistratuum aut judicum excedentium modum jurisdictionis aut notionis suæ standum esset, per *l. 3. C. hoc tit.*

2. Hoc autem evidens argumentum est, non esse prorogationi locum, nisi inter eos, qui communi imperio, & verbi causa uni eidemque Principi subjecti sunt. Nam exempli gratia si subjectus regis Galliæ proroget jurisdictionem magistratus Belgici, prorogatio ista non erit efficax. Et quod dicitur magistratum unum debere exequi sententiam alterius, id quoque obtinet duntaxat in magistratibus, qui subjecti sunt uni atque eidem capiti; aut est meræ gratiæ. Atque ex hoc fundamento defenditur constitutio juris Canonici, quo clericus prohibetur prorogare jurisdictionem judicis laici. *c. significasti. c. si diligenti. de for. compet.* Jure autem civili id secus est. *l. pen. C. de pact. l. placet. 17. §. 1. C. de episc. & cleric. Nov. 123. c. 21. & seqq.*

3. Sed & prorogationi duntaxat locus esse videtur in diversis magistratibus, qui meri sunt & simplices magistratus: quippe, quorum nihil interest prorogari alterius jurisdictionem: secus autem esse in iis, qui simul sunt toparchæ & domini territorii habentes jurisdictionem patrimonialem; ne scilicet his invitis auferatur jus, quod habent, id est, ne cogantur carere fructibus jurisdictionis suæ, ut loquuntur, puta multis aliisque pœnis pecuniariis, quæ lucro talem jurisdictionem habentium cedunt. *fac. c. ex transmissa. x. de for. compet.*

4. Illud ante omnia pro certo habendum est, prorogationem esse actum partium, ac proinde non aliorum consensum hic exigi, quam ipsorum litigatorum, ac ne ejus quidem, cujus jurisdictio prorogatur; denique nec judicis ordinarii sive competentis, utpote cui nihil adimitur. *l. 2. §. 1. ff. de judic. Vult. in l. 1. C. hoc tit. n. 66.* Sane quidem ut invitus jus dicat is cujus jurisdictio prorogata est, cogi non potest: cæterum si dixerit, etiamsi crediderit suam esse jurisdictionem, valebit quod inter consentientes statuerit. *d. l. 2. §. 1. ff. de judic. Vult. ad. d. l. 1. n. 168. C. hoc tit. Duar. ad tit. de judic. c. de foro compet. Gail. 1. obs. 40. n. 3.*

5. Nec minus illud semper constitit eum, in quem consensum est, aut tribunali præesse aut aliam jurisdictionem habere debere. *l. 1. ff. de judic.* neque enim potest privatorum consensus jurisdictionem tribuere ei, qui nullam jure publico concessam habeat, nec quod is statuit, judicati continere autoritatem. *l. 3. C. hoc tit.* Denique quod non est, prorogari non potest. *l. 5. ff. de precar.*

6. Dubitatum est de jurisdictione mandata, an & illa prorogari queat, negant *Bart. in l.*

in l. 1. *ff. de jud. n.* 5. *Cyn. Salic. Vult. in l.* 1. *C. hoc tit. Scip. Gentil. lib.* 2. *c.* 13. Ajunt *Zaſ. in l. ſi per errorem.* 15. *ff. hoc tit. n.* 15. *Bald. in d. l.* 1. *ff. de judic. Duar. c.* 2. *de juriſd. Bocer. c.* 7. *n.* 20. Prior ſententia obtinere videtur jure Canonico *c. cum olim.* 32. *&c. P. & G.* 4. *de off. & poteſt. jud. deleg.* poſterior jure civili. *d. l.* 1. *ff. de judic.* Ubi juriſconſultus ait, in conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, aut aliam juriſdictionem habet, eſſe juriſdictionem: neque enim hoc alium ſenſum habet, quam ſi dixiſſet, prorogari poſſe conſenſu partium non modo juriſdictionem propriam, verum etiam mandatam. Aſſentior autem *Baldo in d. l.* 1. *in addit. ſub fin. Bocero d. c.* 7. diſtinguentibus, utrum univerſa juriſdictio mandata ſit, an pars tantum & in ſpecie ad unam aliquam cauſam: ut illo caſu etiam mandatæ juriſdictionis prorogationi locus ſit, hoc non item. Ac de poſteriori hoc caſu: loca illa juris pontificii intelligenda eſſe apparet ex ipſo contextu: neque hoc caſu aliud juris erit in delegato Principis. *per dd. text.* Ad priorem autem caſum referendus eſt locus Ulpiani *d. l.* 1. *ff. de judic.* nimirum ad caſum, quo mandata eſt alicui juriſdictio univerſa. Neque hujus diſtinctionis ratio obſcura eſt: nam cum magiſtratus totam ſuam Juriſdictionem alicui mandat, mandatarius in partibus omnibus mandatoris vice fungitur, ut abſurdum ſit hoc caſu prorogationi non patere locum. At cum ad unam aliquam cauſam mandatur juriſdictio, extra id, quod mandatum eſt nihil exerceri poteſt, ne fines mandati excedantur.

7. Objiciunt Salicetus & Sichardus *in l.* 1. *C. hoc tit.* quod mandata ſeu delegata juriſdictio ſit limitata ad certam perſonam. Quid tum poſtea? nam & propria ſive ordinaria eodem modo limitata eſt. Quod ſi per perſonas intelligunt perſonas litigantium, jam delegatio erit ſpecialis, cujus prorogationem nec nos admittimus. Non obſtat quoque, quod ajunt delegatum non poſſe ſubdelegare: quoniam ex eo non recte collegeris nec juriſdictionem ejus prorogari poſſe. Sunt enim hæc plane diverſa, eum, cui mandata eſt juriſdictio, alteri eandem mandare, & ei ipſi juriſdictionem conſenſu partium prorogari. Hæc puto rei intelligendæ ſufficere: qui tamen volent, adire poterunt *Enucleat. Don. lib.* 17. *comm. c.* 10. *& ibid. alleg. lit. P.*

8. Interpretes fere quatuor eſſe ſtatuunt juriſdictionis prorogandæ modos; de loco ad locum; de tempore ad tempus; de re ad rem (ſub qua ſpecie comprehendo de cauſa ad cauſam, de quantitate ad quantitatem, de caſu ad caſum) de perſona ad perſonam. Sed vereor ne hæc juri noſtro conſentanea non ſint. Nam non ſine cauſa de primo modo dubitant nonnulli, an ita de loco ad locum juriſdictio prorogari poſſit, ut vi prorogationis etiam extra territorium juris dicundi poteſtas acquiratur, verbi gratia, an judex Mutinenſis ex prorogatione Bononiæ cognoſcere & judicare queat. Affirmant quidem hoc *DD. comm. Alex. in l. ult. ff. de juriſd. Abbas in C. novit.* 7. *de off. & pot. jud. del. Zaſ. in l. pen. ff. de juſt. & jur. n.* 25. & porro etiam quærunt, an hic præciſe expreſſus partium conſenſus requiratur, & an etiam neceſſarius conſenſus judicis illius loci, ſeu expreſſus, ſive ſaltem tacitus. Sed ſi obtinemus ex ratione juris noſtri nullam eſſe hujuſmodi de loco ad locum juriſdictionis prorogationem, diſputatio illa tota inutilis eſt. Viderunt hoc *Bart. in l.* 2. *ff. de judic. in pr. n.* 7. *Bald. ibid. n.* 7. *Salic. in l.* 1. *C. hoc tit. n.* 5. nos etiam evidentiſſimis argumentis id tibi probatum ibimus.

9. Primum conſtat magiſtratus omnes extra fines territorii ſui privatos eſſe.

l. 3.

l. 3. de offic. præsid. l. ult. de off. præf. urb. l. ult. ff. hoc tit. At privato tribui jurisdictio consensu litigantium non potest, *l. 1. ff. de judic. l. 3. C. hoc tit.* & ineptum est, quod *Alexand. in d. l. ult. ff. hoc tit.* profert, judicem habere jurisdictionem in habitu, ubicunque sit: nam valde insubtiliter jurisdictio comparatur cum habitu, id est, vi animi longo usu & crebris actionibus parta. Imo jurisdictio plane non est habitus, sed jus quoddam & potestas in subjectos cives publice tributa, certos terminos ac limites suos habens. Ex eo vero, quod actus voluntariæ jurisdictionis, puta manumissio, adoptio, etiam extra territorium apud magistratum exerceri possunt, non recte intuleris, ex prorogatione in volentes & consentientes extra fines suos etiam extendi posse jurisdictionem contentiosam. Nam ex natura jurisdictionis voluntariæ est, quod ubique exerceri possit, non ex voluntate aut prorogatione privatorum. Exercetur in volentes & consentientes, nec aliter potest: si extra provinciam jus dicentis, id ex accidenti contingit. Itaque si quis, verbi gratia, servum suum apud proconsulem nondum provinciam ingressum manumiserit, is non potest dici prorogasse jurisdictionem proconsulis, non magis, quam si apud provinciam jam ingressum manumisisset. Manet autem eadem jurisdictionis contentiosæ natura, neque ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnes actus voluntariæ jurisdictionis extra provinciam explicari possunt: imo nulli ex iis, quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderant, quod jam aliquoties a nobis & dictum & demonstratum est.

10. Adhæc ubi semel ex consensu partium prorogata est jurisdictio, etiam in invitos ea exerçetur: at hoc in alieno territorio fieri non posse apud omnes in confesso est. Quod si vim istam haberet jurisdictio prorogata, ad eam exercendam non opus esset consensu judicis territorii, quippe qui hoc modo nec alteri jurisdictionem tribuere, nec sibi adimere potest. Non adversatur *c. 11. §. in nullo. de rescript. in 6.* illic enim sermo est de delegato pontificis, quem tanquam delegatum Principis constat ubique jus dicere posse.

11. Sed nec illud simpliciter admittendum est, posse ita jurisdictionem judicis prorogari, ut quolibet loco in suo territorio jus dicat. Nam quæ decretum desiderant, & causæ cognitionem, ea omnia pro tribunali expedire oportet, atque eo in loco, ubi salva publica majestate servatoque more majorum jus reddi solet. *l. pen. ff. de just. & jur. l. 4. C. de dilat.* quæ res privatorum pactis mutari non potest. *l. neque ex prætorio. 27. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum decretumve est, auctoritatem judicati habeat. *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* atque hoc ipsum etiam, Mario Solomonio pridem observatum est in *l. pen. ff. de just. & jur.* Quæ vero causæ cognitionem non desiderant, præparatoria judicii, interrogationes &c. illa quidem alio quoque loco a magistratu aut judice tractari possunt, & vel domi sella posita vel in itinere. *l. 4. § 1. ff. de interrog. in jur. fac.* sed possunt etiam citra partium consensum, nimirum ubi magistratui visum fuerit. Itaque ex ratione juris nostri nulla est de loco ad locum jurisdictionis prorogatio. Moribus Transisulaniæ receptum esse ut judices unius territorii in alterius territorio ex consensu partium etiam contentiosam jurisdictionem exerceant, adeoque ad instantiam unius partis, quæ suis in sumptibus postulet, auctor est *Bus. ad l. 2. de offic. proconf. n. 3.*

12. Qui jurisdictionem de loco ad locum recte prorogari statuunt argumentum sumunt a prorogatione de tempore ad tempus, quasi extra controversiam positum esset,

esset, quod illi supponunt, de tempore ad tempus jurisdictionem prorogari posse. Nos vero nec hujusmodi speciem veteribus cognitam aut usurpatam credimus. Proferunt illi ad sententiæ suæ confirmationem textum in *l. 2. §. 2. ff. de judic.* At nego textum istum ad ullam prorogandæ jurisdictionis formam pertinere: loquitur enim ibi Jurisconsultus tantum de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui duntaxat nudam notionem habet, non jurisdictionem. *l. 5. ff. de re judic.* jussus est litem sibi commissam dirimere. Cum autem tempus hoc favore litigantium intelligatur adjectum, rationis est, ut eorundem expresso consensu etiam prorogari possit, utique si & ipse judex ad tempus datus consentiat: utrumque enim in hac specie prorogationis desideratur, *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet & ipse judex sine consensu suo a privatis oneretur munere judicandi: in ea autem, quæ de persona ad personam dicitur, id necesse non est. Atque ita quoque hunc locum acceperunt *Marant. p. 4. dist. 12. Bald. in l. 7. C. de episc. audient. n. 8. Castrens. in d. l. 2. §. 2. n. 6. add. Ant. Fab. ad d. l. 2. §. 2. in rational.* Illud probandum erat, ejus, qui officium annuum a populo aut principe accepit, consensu partium jurisdictionem prorogari posse, ita ut etiam finito magistratu & adhuc post annum inter consentientes jus dicere possit, quod nunquam ostendent. Imo vero etsi ostenderent, nondum tamen hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Quamvis enim interdum tempus & locus comparantur, ut in *l. vinum. 22. ff. de reb. cred. l. si soluturus. 39. ff. de solut.* nemo tamen tam infans est in arte disserendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse, cum sint plane diversa, & in specie proposita temporis prorogatio privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Ex his opinor perspicuum est, neque prorogationis de tempore ad tempus ullum usum esse extra speciem, quæ proponitur in *d. l. 2. §. 2. ff. de judic.*

CAPUT. XI.

De prorogatione de re ad rem, & de persona ad personam.

SUMMARIUM.

1. *In prorogatione de re ad rem necesse esse, ut causæ sunt ejusdem naturæ.*
2. *Quando procedat prorogatio, si de aliis causis pecuniariis judex aditus sit, quam quibus præfectus est. & n. 3.*
4. *Forma prorogationis de persona ad personam.*
5. *Quomodo quo effectu se quis subjiciat jurisdictioni alicujus. & n. 10.*
6. *Quando per prorogationem expressam jurisdictio fundata intelligatur, ubi declarantur l. 22. § 5. ff. sol. matr. & l. 4. C. hoc tit.*
7. *Quando tacite jurisdictio prorogata censeatur.*
8. *Et an opposita exceptione dilatoria.*
9. *Non consentire, qui per errorem alium adeunt, aut viribus præturæ compulsi.*
11. *Quid in personis ecclesiasticis & studiosis: ubi & jus harum regionum.*
12. *Effectus jurisdictionis prorogatæ.*

IGITUR duabus prioribus jurisdictionis prorogandæ formis, de loco ad locum, de tempore ad tempus, hinc remotis, supersunt duæ posteriores, quarum altera de re ad rem sive de causa ad causam, altera de persona ad personam interpretibus nostris dicitur: atque utriusque hujus speciei etiam apud veteres usus fuit. Posse jurisdictionem de re ad rem prorogari constat ex *l. de qua re.* 74. §. 1. *ff. de judic. l. inter convenientes.* 28. *ff. ad munic.*

1. Cæterum & hæc prorogatio intra terminos suos cohibenda. Et primo necesse est, ut causæ sint ejusdem naturæ, nec genere summo tantum conveniant, ut causæ civiles & criminales. Nam qui civilibus duntaxat præest, is ex prorogatione de criminalibus cognoscere non potest. *l.* 1. *C. ubi caus. Fiscal. Sichard. in l.* 1. *C. hoc tit. n.* 8. neque qui criminalibus tantum, vi prorogationis de re pecuniaria jus dicere. *l. solemus.* 61. §. 1. *ff. de judic.* Sed nec ejus, cui certarum causarum criminalium cognitio concessa est, audientia ad alias causas, licet ejusdem generis, prorogari potest: quoniam in causis, quæ aliis exercendæ mandari non possunt, nec locus esse potest prorogationi. Doctorum quidem communis sententia est, posse jurisdictionem criminalem prorogari, modo is, de cujus jurisdictione proroganda agitur, habeat jus cognoscendi de crimine, cujus quis reus postulatur, *Gail. c.* 10. *de pac. publ. n.* 10. at hæc non causæ ad causam, sed de persona ad personam prorogatio est.

2. Illud hic scio quæsitum esse, si de aliis causis pecuniariis, quam quibus præfectus est, judex aditus sit, an semper hoc casu consensu partium prorogetur illius jurisdictio. Ego interesse arbitror, utrum genere causarum definita sit jurisdictio, an summa aut quantitate: si genere causarum, extra illas causas jurisdictionem prorogatione non extendi. Ut ecce; si prætor tutelaris aut fideicommissarius de aliis causis, quam quæ ad jurisdictionem eorum pertinent, aditi fuerint, nego eos de hujusmodi causis ex consensu partium cognoscere posse; ne sit in potestate privatorum novam alicui jurisdictionem dare. Quod autem legimus posse alium prætorem pro alio, cujus jurisdictio est, adiri, ut in *l. si per errorem.* 15. *l. si convenerit.* 18. *ff. hoc tit.* Id sic accipiendum est, si utriusque jurisdictio sit indefinita, puta si prætor peregrinus aditus sit pro urbano, aut contra, uti hoc etiam accepit Glossa. Neque obstat huic distinctioni *l.* 1. *C. hoc tit.* Nam & procuratoris fisci generalis est jurisdictio in causis civilibus: quod vero hactenus ea restricta est, ut tantum privatos inter & fiscum procurator cognoscat, id non debet impedire facultatem prorogandi. Pertinent ergo hæ formæ prorogationis ad eam, quæ de persona ad personam vulgo appellatur. Atque hanc etiam arbitror esse sententiam plerorumque interpretum, *Gloss. in d. l. inter convenientes.* 28. *ad munic. Panorm. in c. P. & G. de offic. & pot. jud. del. Jas. in d. l. si per errorem. hoc tit. col.* 1. *Costal. in l. solemus.* 61. §. 1. *ff. de judic. Sichard. in l.* 1. *C. hoc tit. n.* 8. qui omnes definiunt, prorogationem fieri non posse in rebus diversi generis, & exempli gratia, non posse judicis, cui de controversiis certarum mercium cognitio data est, jurisdictionem ad aliud genus mercium prorogari.

3. Quod si summa aut quantitate definita sit alicujus jurisdictio, hic prorogationem admittimus, propter connexionem & affinitatem, quia fit in eodem genere: quanquam ex hac prorogatione jus de majori summa cognoscendi consequatur, qui jure ordinario de minore duntaxat cognoscit. *l. de qua re.* 74. §. 1. *ff. de judic. l.* 28. *ad munic.* Quamvis igitur, ut ex *Quintil. lib.* 3. *c.* 6. discimus, fideicommissorum Jurisdictio

dictio ita partita fuit, ut prætor fideicommissarius usque ad certam summam de his cognosceret, de majore summa consules jus dicerent, quod & firmat locus Ulpiani *in fragm. tit.* 25. §. 10. tamen hic ex consensu partium prætori jurisdictio prorogari, & de summa etiam prætoria cognitione majore adiri prætor potuit. Putavere nonnulli in *d. l. de qua re.* 74. §. 1. *ff. de judic.* agi de simplice & pedaneo judice, sicut in *d. l.* 2. §. 2. *ff. eod. tit.* sed falso. Nam judici pedaneo unus aliquis actus tantummodo committi solet, præscripta certa formula & reservata danti potestate exequendi. At in *d. l. de qua re.* §. 1. agitur de judice, qui simul jurisdictionem aliquam habet; quippe qui constitutus sit non ad unam aliquam causam, ut in *d. l.* 2. §. 2. *de judic.* sed generaliter ad causas omnes, cæterum usque ad certam summam. *fac. l.* 28. *ad munic.*

4. Superest est species prorogationis notissima atque usitatissima de persona ad personam, de qua tractatur in *l. si per errorem.* 15. *l. si convenerit.* 18. *ff. hoc tit. l.* 1. *l.* 2. *pr. ff. de judic. l.* 1. *l.* 3. *C. hoc tit.* atque ad hanc fere solum pertinet distinctio prorogationis in expressam & tacitam, quæ in hac disputatione maxime principalis est. Si id quod brevi definitione complexus est Ulpianus *l.* 1. *ff. de judic* paulo latius explicuerimus, poterit res tota facile percipi. Ait, *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni & consentiant, in consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.*

5. Subjicit quis se jurisdictioni alicujus vel expresse, vel tacite, id est, vel aperta conventione, vel re ipsa & facto. Conventio hæc aut nuda est & simplex aut justa & legitima. Qui simpliciter extra judicium in alium judicem consensit, sententiam mutare, prius quam is adeatur, impune potest: nempe ubi de proroganda jurisdictione judicis incompetentis & de paciscente obligando agitur, breviter, si convenerit, ut alterius jurisdictionem subeat. *d. l. si convenerit.* 18. *ff. hoc tit. junct. l.* 7. §. 4. *ff. de pact.* Quando autem paciscendo non id egit, ut se alterius jurisdictioni subjiceret, sed ne fori præscriptione uteretur revocando ad judicem, quem ex privilegio habet, hæc pactio exceptione aut replicatione servari potest. *l. pen. C. de pact. & ibi Donell. n.* 4. Justa autem & legitima conventio, qualis jure civili est stipulatio, vitari propter actionem, quæ ex ea nascitur, non potest. Non utique, quod is, qui id justa conventione caverit, districte cogatur judicis, cujus se jurisdictioni subjecit, audientiam sequi: sed quod voluntatem mutans teneatur in id, quod interest adversarii, aut pœna subjecta adversus eum committatur, ut tenent omnes *DD. in d. l. si convenerit.* 18. *hoc tit. teste Zas. ibid. n.* 13. Hodie autem hæc conventionum distinctio supervacua est, cum etiam nudo ex pacto actio nunc nascatur, juxta scita juris Canonici *c.* 2. & *c.* 3. *x. de pact.*

6. Enimvero si ex conventione litigatores etiam prætorem adierint, isque partes suas interponere cœperit, tunc ex ratione juris nostri jurisdictio prorogata intelligitur, etiamsi lis nondum contestata sit. *d. l. si convenerit. ff. hoc tit. Vult. ad l.* 1. *C. hoc tit. n.* 152. *Bachov. de jurisd. prorog. n.* 12. Doctores quidem communiter ad hoc etiam litis contestationem requirunt, *arg. l. si cum dotem.* 22. §. 5. *ff. solut. matrim.* & *l.* 4. *C. hoc tit.* sed ex neutro horum locorum efficitur, quod volunt. In *d. l.* 22. §. 5. *sol. matrim.* quæritur, quo tempore filia patri dotem repetenti consentire debeat, & respondet jurisconsultus, quo lis contestatur: si vero ante dixerit se patri consentire,

& prius quam lis conteſtetur, mutaverit voluntatem, fruſtra partem agere. Ex hoc autem loco minime probatur, lite demum conteſtata juriſdictionem fundari per prorogationem expreſſam: hoc enim nihil commune habet cum iſto. Et ſi procedere velimus argumentationem, ponendus eſſet caſus, quo filia in jure patri conſenſiſſet. Adde quod per conſenſum filiæ inducatur quædam actionis ceſſio, & junge *l.* 3. *C. de novat.* Alter autem locus, nempe *l.* 4. *C. hoc tit.* intelligendus eſt de prorogatione tacita; expreſſa vero ut plus tribuatur, ratio ſuadet: durumque omnino eſt *d. l. ſi convenerit. ff. hoc tit.* accipi de litis conteſtatione, qui actus fere ultimus erat eorum, quæ in jure apud prætorem expediebantur.

7. Re ipſa & facto ſe quis ſubjicit juriſdictioni alicujus, ſi ad non ſuum judicem vocatus, audientiam ejus elegit, id eſt, actionem ſuſcepit, ſive litem conteſtatus eſt, omiſſa fori præſcriptione. *l. ſed & ſi.* 52. *ff. de judic. l.* 4. *C. hoc tit.* Cæterum ante litis conteſtationem ſi reus quid dixerit aut fecerit, verbi cauſa, ſi deſideraverit ſibi edi genus actionis, non videtur in judicem conſenſiſſe. *l. non videtur.* 33. *ff. de judic.* Nemo enim editionem actionis poſtulat, ut neget, quod intenditur; ſed ut cognoſcat, qua actione conveniatur, eoque cognito ſecum deliberet, utrum cedere, an judicio contendere ſibi magis expediat. *l.* 1. *ff. de edend. Joan. & Azo in l.* 1. *ff. de judic. Zaſius ad l. ſi convenerit.* 18. *n.* 3. *&* 4. *hoc tit.* Itaque duæ res hic reum juriſdictioni ſubjiciunt, ſuſceptio judicii quaſi ex contractu, *arg. l.* 3. §. *idem ſcribit.* 11. *ff. de pecul.* deinde fori præſcriptionis initio litis opponendæ omiſſio, *l. ult. C. de except.* aut verius ſola litis conteſtatio.

8. Interpretes noſtri etiam exceptione dilatoria oppoſita juriſdictionem tacite prorogari cenſent, quaſi & hoc modo lis conteſtetur & ideo ſuadent, ut reus comparens ſi hujuſmodi exceptionem proponere velit, utatur proteſtatione de non proroganda juriſdictione, niſi quatenus jure teneatur. *Zaſ. in d. l.* 18. *num.* 29. *Salic. in l.* 1. *C. hoc tit. n.* 4. *Sich. ibid. n.* 7. *Mynſ.* 4. *obſ.* 27. *Gail.* 1. *obſ.* 33. *n.* 11. *&c.* verum hoc non eſſe juris noſtri civilis rationi conſentaneum bene oſtendit *Bachov. de juriſd. prorog. n.* 13. utut forte in praxi obſervatur.

9. Ait Ulpianus in *d. l.* 1. *ff. de judic. & conſentiant*, *in conſentientes &c.* nam ſi quis alium judicem pro alio adierit, putans ejus juriſdictionem eſſe, cujus non erat, aut viribus præturæ compulſus admiſerit, non valebit, quod actum eſt. *l. ſi per errorem. ff. hoc tit. l.* 2. *pr. ff. de judic.* Plane non aliorum, hic conſenſum requirimus, quam ipſorum litigatorum, ac ne judicis quidem aditi, *d. l.* 2. §. 6. quod latius expoſitum ſupra eſt, ut & reliqua definitionis propoſitæ.

10. In ſumma ſive exterus quis, ſive miles, ſive paganus, ſive ſtudioſi, ſive perſonæ eccleſiaſticæ alterius judicis, quam ad cujus juriſdictionem pertinebant, audientiam ultro ſecuti fuerint, in conſentientes cujuſvis judicis eſt juriſdictio, *d. l.* 1. *ff. de judic. l.* 1. *C. hoc tit. l. pen. C. de pact.* dummodo jus dicat in ſuo territorio, & cauſæ, de quibus aditus eſt ad juriſdictionem ejus pertineant.

11. Eccleſiaſticis quidem perſonis proprii judices attributi poſteriorum imperatorum conſtitutionibus. *l. placet.* 17. *C. de epiſc. & cleric. auth. ſtatuimus. C. de epiſc. audient.* uti & ſtudioſis. *auth. habita. C. ne fil. pro patr.* ſed ita ne inviti ad alios vocentur: nam quo minus alterius juriſdictioni ultro ſe ſubjiciant, & privilegio ſuo renuntient, nihil eſt impedimento. *d. l. pen. C. de pact.* Jus autem Canonicum eccleſiaſticos juriſ-

jurisdictioni magistratus politici penitus exemit. *c. significasti. c. si diligenti. x. de for. competent.* sed hoc in ditionibus confœderati Belgii non observatur. Imo nec jure civili Justinianeo episcopi jurisdictionem habent, quia nec forum, nec apparitionem, nec executionem, sed audientiam duntaxat, id est, cognitionem & judicium: idque habent tantum in clericos & monachos in causa religionis negotiove ecclesiastico, non in alios vel aliis in causis, nisi inter consentientes, ut patet ex *Novell. Valentin. de episcop. judic. & lib.* 1. *Cod. Justin. tit.* 4. qui ob id non de *episcopali jurisdictione*, sed de *episcopali audientia* inscriptus est. *Cujac. parat. C. eod. & plenius clariss. D. Theod. Granswink. lib. de jur. majest. c.* 5. Dixerim autem studiosum aliaque membra Academiæ nostræ Leidensis non posse prorogare jurisdictionem magistratus urbani, propterea quod jurisdictioni Rectoris & assessorum privative subjiciuntur. *Art.* 39. *statut. Academ. Leidens.*

12. Effectus jurisdictionis prorogatæ hic est, ut tantum judex electus juris in consentientes habeat, quantum haberet, si jure ordinario ad jurisdictionem ejus pertinerent. Nam prorogata jurisdictio ejusdem efficitur naturæ & conditionis, cujus est ordinaria. Quamobrem si a judice illo appellare non licet, nec licebit prorogata jurisdictione: si mandatam habuit, ea finita etiam finietur prorogata. *Vasq.* 2. *controv. us. freq.* 14. *n.* 25.

CAPUT XII.

Quibus modis jurisdictio finiatur.

SUMMARIUM.

1. *Quando prorogata jurisdictio finiatur.*
2. *Quibus modis finiatur mandata.*
3. *Quando res a delegato geri cœpta dicatur.*
4. *Quid juris si universa jurisdictio mandata, & negotium unum geri cœptum.*
5. *Revocatione quoque finiri jurisdictionem delegatam, etiam ubi jam res geri cœpta, adeoque lis contestata.*
6. *Mandata ad certum tempus aut causam quando solvatur.*
7. *Quibus modis extinguatur jurisdictio propria.*
8. *An præscriptione amittatur aut acquiratur jurisdictio.*
9. *An pro tuenda jurisdictione magistratui competat utilis actio confessoria aut negatoria.*

1. PROROGATA jurisdictio, ut obiter de ea primum dicam, finitur soluta jurisdictione ejus, cujus prorogata erat, sive ea propria fuerit, sive mandata. *per l.* 6. *ff. hoc tit. l.* 3. *C. eod. l.* 1. *ff. de judic.*

2. Mandata iisdem fere finitur modis, quibus & reliquarum rerum mandatum evanescit. Et morte quidem ejus, cui mandata est, finiri eam constat, cum & propria seu ordinaria jurisdictio una cum persona magistratus extinguatur: Cæterum etiam morte ejus, qui mandavit, finiri traditum est in *l.* 6. *ff. hoc tit.* nec est contrarium, quod

quod ex sententia Scævolæ apud Paulum relatum est in *l. venditor.* 49. §. 1. *ff. de judic.* judices a præside datos etiam in tempus successorum ejus durare: nam alia judicum datorum ratio est; quoniam cum illi velut ab ipso officio constituantur, exigente id usitato more judiciorum, notio eorum quasi propria erat: & inde quoque est, quod a sententiis eorum ipsi magistratus qui eos dedissent appellabantur. *l. ult. quis a quo app.* cum a sententia ejus, cui mandata erat jurisdictio, alius provocaretur, quam qui mandasset. *d. l.* 1. §. 1.

3. Una hic exceptio, si ante mortem mandantis jam res geri cœpta sit. *d. l.* 6. *hoc tit.* quod plerique sic acceperunt, si is, cui mandata erat jurisdictio, a partibus aditus fuerit, aut si jam præcesserit in jus vocatio juxta mores hodiernos facta per apparitorem & parti insinuata. *Zas. in l.* 6 *hoc tit. n.* 57. *& seqq. post Bart. ibid. n.* 13. *Bald. n.* 5. *&* 6. *Jas. col.* 11. *per c. gratum.* 20. *de offic. deleg. Gail.* 1. *obs.* 74. *n.* 19. Atque hoc etiam puto satis defendi posse ex ratione juris nostri, *arg. l. si convenerit.* 18. *ff. hoc tit. l.* 7. *ff. de judic.* licet alii tunc demum rem geri cœptam interpretentur, cum lis est contestata. *Cyn. in. d. l.* 5. *n.* 18.

4. Sed quid si universa jurisdictio mandata fuerit, & forte in una aliqua causa negotium geri cœptum? Ratio non permittit, ut dicamus etiam in cæteris nondum exerceri cœptis post mortem delegantis durare jurisdictionem delegati, ut novas causas audire adhuc possit, sed in illa duntaxat una, quam gerere cœpit. *add. Zas. in d. l.* 5. *hoc tit. n.* 63.

5. Porro non ambigitur, quin revocatione quoque finiatur mandata jurisdictio, per §. *item si.* 10. *inst. de mand. & fac. arg. in l.* 6. §. 1. *ff. de offic. procons.* ubi tanquam speciale notatur, quod proconsul non nisi consulto Principe jurisdictionem legato mandatam revocare queat. Quinimo hoc amplius etiam postquam res geri cœpta est, adeoque post litem quoque contestatam posse mandatam jurisdictionem revocari existimo idque vel ab eo ipso, qui mandavit, vel a successore ejus, quippe cum nullum hic aut delegati aut partium versetur præjudicium: in quo delegatio jurisdictionis dissimilis est mandato procuratorio, ut bene observavit *Zas. in l.* 5. *n.* 55. *hoc tit.* nec simpliciter ergo procedit argumentatio ex *l.* 6. *eod.* a procuratore ad delegatum jurisdictionis.

6. Denique si ad certum tempus alicui mandata sit jurisdictio, solo temporis lapsu extinguitur, sicut ea, quæ ad certam causam delegata est, expirat fine negotio imposito. *Bocer. c.* 6. *n.* 62.

7. Propria jurisdictio seu ordinaria magistratus potestas tunc solvitur, cum magistratus officium deposuit vel successorem accepit, aut ipse mortuus est: morte autem Principis non finitur. *arg. l.* 6. *ff. hoc tit. Bodin.* 3. *de repub.* 2. Et quia ordinariæ similis est ea, quam Princeps alicui extra ordinem delegavit, nec hanc morte Principis solvi recte statuunt interpretes, sicut nec merum imperium, quod specialiter a Principe concedi solebat, per ea, quæ supra *cap.* 4. Patrimonialis autem jurisdictio etiam ad heredes transit; sed talem nudi magistratus non habent.

8. Quæsitum est, an & præscriptione amittatur jurisdictio: sed hujus quæstionis decisio pendet ab alia, nempe an jurisdictio præscriptione possit acquiri: prius enim est, ut ita acquiri queat, quam ut eo modo amitti eam dicamus. Interpretes vulgo statuunt jurisdictionem non tantum dari posse ab iis, penes quos est summa in repub. pote-

potestas: verum etiam acquiri eam posse præscriptione longissimi temporis, nimirum triginta aut quadraginta annorum. Cæterum hæc sententia cautione indiget, & & non una distinctione. Nam primum removendæ hinc sunt personæ privatæ, quippe quæ jurisdictionem usurpantes in gravissimum incidunt crimen. Deinde & inter personas eorum distinguendum est, qui magistratum gerunt: Etenim qui simplex est & nudus magistratus, nihil hic sibi præscriptione quærere potest; sed tantum ratione officii, scilicet ut id latius extendatur, & huic quasi acquiratur. Ut ecce, si præfectus aliquis extra fines territorii sui aliquamdiu jus dixerit sine cujusquam impedimento, acquiritur ipsi præfecturæ latior jurisdictio. At enim hæc acquisitio non magni momenti est, cum Princeps pro arbitrio suo veteres jurisdictionis terminos possit restituere. Itaque quæstio hæc ad toparchas fere solum pertinet, id est, ad magistratus, qui simul sunt quasi domini territorii, qui jus perpetuum & transmissibile, seu jurisdictionem patrimonialem, ut nunc vulgo loquuntur, habent. Hi sane jurisdictionem suam vi præscriptionis amittere, uti & proferre atque extendere possunt; nec civilem tantum, verum etiam criminalem, ut Comites, Barones, Nobiles in Belgio, Germania & alibi. *Jas. in l. 3. ff. hoc tit. col. 9. & 10. Muscorn. de jurisd. n. 127. Balb. part. 2. de præscr. quæst. 12.* Atque his terminis positis poterit & conventionibus acquiri atque amitti jurisdictio, ut sæpe videmus castra pagos integros permutari ac vendi.

9. Atque secundum hos eosdem terminos, ubi scilicet jurisdictio patrimonialis est, etiam recte defenditur, quod vulgo DD. tradunt, pro tuenda jurisdictione competere magistratui actionem confessoriam & negatoriam, utilem nempe seu quasi, *Jo. Fab. Plat. Jas. Schneid. in §. æque. 2. Inst. de act. Wesemb. par. hic n. 13.* Cæterum ratione juris nostri si magistratus aliquis turbetur in exercenda jurisdictione sua, pro defendenda ea actionem non habet: sed si ipse se tueri non potest, Principem adire, remque ad eum referre debet, ut recte *Bachov. ad hunc tit. c. de de effect. jurisd.*

TRACTATUS

TRACTATUS DE COLLATIONIBUS, ACADEMICO FORENSIS.

Viro Amplissimo & Consulari,

D. SIMONI A BAERSDORP J.C.

S. P. D.

ARNOLDUS VINNIUS.

Anni jam quatuor sunt, & quod excurrit, Vir Amplissime, ex quo libros Digestorum, seu Pandectarum juris civilis interpretari ex auctoritate publica cœpi. Horum autem librorum interpretationem cum per Dei gratiam commodum ante majores hujus anni ferias absolvissem, otium nactus summam colligere institui eorum, quæ interea temporis commentando in varios juris Justinianici locos observaveram: idque eo animo, ut etiam in apertum proferrem ac publicarem, si quid in his a me repertum esset, cujus promulgatione nostra foret opinio haud vulgariter adjutum iri commoda studiosæ legum juventutis: quippe quæ mo- dis omnibus adaugere summa ope, & nitor & semper nisus sum. Excerpsi autem in præsentia ex bono cumulo id argumentum, quod est de collatione bonorum, genere quodam contributionis faciendæ inter liberos, qui ad communis parentis demortui successionem simul admitti desiderant. Etenim id argumenti genus, præterquam quod est cognitu longe utilissimum, & accuratius, quam pleraque alia, tractasse mihi visus sum, & ab aliis ex professo tractatum non memini, nisi a Vitale Nemausensi & Johanne Saporta; ab illo prolixius & rudius, ab hoc brevius & eruditius; a neutro tamen ita, quin in scriptis eorum multa adhuc desideres, quæ ad perfectam rei utilissimæ cognitionem sunt necessaria: ut proinde non tam aliis præripuisse scribendi occasionem, quam præbuisse videantur. Accedebat etiam hoc, quod cum hodie difficilis admodum istorum auctorum paratio sit, nonnulli adolescentes honesti & philomatheîs, quibus ob id nostra utenda concesseram, enixe atque instanter a me petierunt, ut consilium propositumque meum de iisdem evulgandis maturarem. Itaque ut testatam facerem singularem meam voluntatem adjuvandæ promovendæque studiosæ juris civilis Romanorum juventutis, cum in hoc nostro quasi armistitio ea, quæ in argumentum, quod memoravi, superioribus annis meditatus eram, diligenter & relegissem & interpolassem, vulgari quoque eadem atque in publicum prodire jussi, additis, quo paulo speciosiora apparerent, summariis, indice, & sylvula allegationum interpretum, qua veterum, qua recentiorum. Fecit autem veteris nostræ necessitudinis & tuæ in me benevolentiæ recordatio, ut hæc qualiacunque sunt, tibi Vir Amplissime, dicanda & offerenda duxerim; & vel eo magis, quia, ut ipse ex te intellexi, animus tibi est communia nostra studia, quibus serio vacare aliquamdiu integrum tibi non fuit, nunc posita ad tempus administratione reipublicæ, bona fide recolere, & eorum quoque, quæ antea a nobis edita sunt, lectione te oblectari. Confido, quæ tua est humanitas, fore, ut ne hanc qualem qualem voluntatis erga te nostræ significationem asperneris, atque ut gratum tibi sit, quod proficiscitur

a tui observantissimo

ARNOLDO VINNIO.

Bene vale, Leidæ, Nonis Septemb. 1644

TRACTATUS

TRACTATUS
DE
COLLATIONIBUS.

CAPUT I.

De significatione hujus dictionis collatio.

SUMMARIUM.

1. *Varia vocis* collatio *significata.*
2. *Operis adumbratio.*

1. COLLATIO vox est variæ significationis. Interdum idem significat, quod *comparatio* παραβολή: interdum idem, quod συμβολή, *collecta*, ἔρανος, sive *contributio eranistica* aut *symposiaca.* Frequenter etiam eadem voce utimur pro contributione alicujus pecuniæ ad opus publicum, vel ad communem reipublicæ aut Principis usum, quæ Græcis εἰσφορά: item pro assignatione beneficii ecclesiastici vacantis, ut in jure Canonico: nonnunquam etiam aliis modis accipitur, sicut & verbum *conferre*; cujus etiam latior usus est, quam verbalis, ut videre est apud lexicographos. Cæterum varietas ista ex adjuncto facile discerni poterit. In proposito autem collatio est privatæ quoddam contributionis genus faciendæ inter liberos, qui simul admitti ad communis parentis successionem desiderant. Græce redditur συνεισφορά, quod a verbo συνεισφέρειν deductum est, quo etiam passim Græci in hac materia utuntur.

2. Hoc jus de bonorum collatione a prætore primum introductum est ex summa æquitate: postea vero mirifice auctum constitutionibus Imperatorum, & subinde parte aliqua iterum imminutum, ut quoad ejus fieri posset, æqualitas inter liberos conservaretur. Igitur ut distincte atque ordine in explicando hoc jure procedamus, primum initia ejus ac progressus obiter indicabimus, deinde singula, quæ ad perfectam hujus argumenti cognitionem pertinent, diligentius exequemur.

CAPUT II.

Collatio qua contemplatione introducta, aucta, aut restricta.

SUMMARIUM.

1. *Quam ob causam necessitas collationis primum introducta.* & n. 2. & 3.
4. *Filiosfam. ex edicto nihil contulisse.*

5. *Filiasfam.*

5. *Filiafam. dotem conferebat ex rescripto D. Pii, & quare.*
6. *Productio hujus juris ad donationem propter nuptias & successionem matris.*
7. *Ad nepotes & neptes cum patruis & avunculis avo & aviæ succedentes.*
8. *Ad successionem ex testamento.*
9. *Ejusdem juris restrictio.*

QUa parte edicti prætor proposuit liberis emancipatis præteritis bonorum possessionem contra tabulas patris, ut bonorum possessione impetrata patri succederent etiam cum fratribus suis heredibus, seu qui in potestate & familia patris, cum is moreretur, adhuc erant; eadem parte edicti prætor emancipatos cum suis heredibus succedentes vocat ad collationem bonorum, id est, jubet bona sua fratribus in potestate retentis conferre. Idem fecit prætor & in ea parte edicti, qua liberos emancipatos ab intestato vocat una cum fratribus suis heredibus ad successionem patris data bonorum possessione *unde liberi. l. 1. ff. hoc tit. l. filium. 20. §. 1. de bon. poss. cont. tab. l. si emancipati. 9. C. hoc tit.*

1. Est autem hoc jus de collatione a prætore introductum minuendæ ejus injuriæ gratia quæ admissis emancipatis ad bonorum possessionem contra tabulas aut *unde liberi*, fratribus eorum, suis heredibus fieri videbatur. Nam cum sui heredes soli jure civili heredes patri existant, exclusis liberis emancipatis. *§. emancipati. 9. Inst. de hered. quæ ab int. def.* adeoque magis quædam cœpti prius dominii continuatio, quam novæ cujusdam & alienæ hereditatis acquisitio in suis heredibus intelligatur. *§. 3. inst. d. t. l. in suis. 11. de lib. & posth.* si una cum illis admittantur emancipati, quos constat e familia exire, & extraneos nobis fieri, necesse est, ut hi illis hereditatem pro parte avocent; atque ita avocent, non modo bona paterna, sed etiam bona propria suorum heredum, cum patris quæ sunt, suorum heredum sint, & contra.

2. Adhæc cum liberi emancipati omnia sibi, sui autem, solo peculio castrensi & quasi castrensi excepto, omnia patri olim acquirerent, necesse erat & aliam hic enasci, suisque heredibus inferri injuriam, si emancipati bona quæsita sibi præcipua haberent, & tamen simul cum fratribus in potestate retentis ad successionem patris admitterentur.

3. Utique huic injuriæ occursum est remedio collationis bonorum, videlicet si emancipati ad successionem patris una cum fratribus suis heredibus venire cupientes, bona sua, quæ si in potestate mansissent, patri fuissent quæsita, fratribus istis conferrent. Æquissimum est, ait Ulpianus, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna. *l. 1. ff. hoc tit.* Recte, qui appetunt paterna, quoniam ea paterna jam fratrum esse apparet, qui jure civili soli sui heredes existunt: tum etiam, quia illorum bonorum jam pars sunt, quæ per filiosfam. patr sunt quæsita.

4. Secundum formam edicti filiifam. nihil conferebant de suo, non peculium castrense aut quasi castrense: sed in eo nullo commodo afficiebantur emancipati; quippe qui nec ipsi ea, quæ per occasionem militiæ, sive armatæ sive togatæ, sibi acquisiverant, conferre tenebantur. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit.* ubi J. C. voce *peculii* abutitur: nam peculii nomen non cadit in eos, qui sui juris sunt. *l. paterfam. 182. de verb. sign. l. ult. in fin. C. de inoff. testam.* Peculium igitur illic ἀναφορικῶς dictum est, quod peculium esset, si filius in potestate mansisset.

5. Sed

5. Sed nec filiafam. dotem, quam a patre acceperat, ex edicto conferebat; quamvis dos e bonis patris exire & proprium filiæfam. patrimonium esse intelligatur. *l. 4. ff. hoc tit. l. 1. §. ult. de dot. collat. l. 3. §. ergo etiam. 5. ff. de minor. l. 14. pr. ff. ad leg. falcid.* ubi Papinianus ait, dotem in hereditate patris non inveniri, & tamen emancipata cum cæteris bonis omnibus etiam dotem conferebat. Quod cum nonnihil iniquitatis haberet, placuit postea sola contemplatione æqualitatis, ut etiam filiafam. dotis collatione fungeretur; ne quod una in medium conferre cogitur, altera sibi proprium retineret. Hoc autem a Divo Pio primum constitutum videtur, *per l. 1. ff. de dot. collat.* generali enim edicto prætoris soli emancipati ad collationem vocantur. *l. 1. pr. ff. hoc tit.* Antonius Faber in *Codice suo h. t. defin.* 4. Leoni hoc tribuit, sed male.

6. Exemplo vero dotis a Leone producta postea est collatio etiam ad donationem propter nuptias, quæ veteribus fuit incognita. *l. quoniam. 29. C. de inoff. testam. l. ut liberis. 17. C. de collat.* Item Imperator longius progressus etiam in successione matris, cui liberi nihil acquirunt, locum habere collationem voluit; nimirum ex sola consideratione æqualitatis. *d. l. ut liberis. C. h. t.*

7. Sed & generaliter constitutum est, ut quoties descendentes alicui ex adscendentibus succedunt, huic juri esset locus: utque non tantum filius aut filia defuncti sibi invicem, sed etiam nepotibus & neptibus secum avo succedentibus conferrent, & hi vicissim illis, scilicet patruis & avunculis suis, haud secus ac juris fuisset, si parentes eorum, quos repræsentant, adhuc essent superstites. *l. illam. 19. C. hoc tit.*

8. Tandem Justinianus ad æqualitatem modis omnibus inter liberos servandam, & quo major esset occasio amoris & concordiæ, etiam ad successionem ex testamento jura collationum produxit, omnique casu, quo collationem ab intestato fieri jam antea necesse erat, eam etiam inter succedentes ex testamento fieri voluit, nisi expresse remissa sit aut vetita. *Nov. 18. c. 6.* unde *auth. ex testamento. C. hoc tit.*

9. Rursus ex contrario jus collationis subinde coarctatum fuit. Nam ex quo tempore Constantinus & insequentes Imperatores bona materna & materni generis patri acquiri noluerunt, procul dubio liberi emancipati ad collationem ejusdem generis bonorum desierunt teneri, cessante scilicet ratione collationis inductiva: nam etsi in potestate mansissent, tamen bonorum istorum proprietatem non patri, sed sibi quæsivissent; ut proinde concurrentes cum liberis in potestate constitutis, quo ad ista bona nullo eos incommodo afficiant.

Ob eandem, quam dixi, rationem, & quidem solam, Justinianus in universum adventitia exemit collationi, eamque restrinxit ad sola profectitia. *l. ult. C. hoc tit.* quo nomine id omne ad effectum conferendi appellatur, quod provenit ex bonis ejus, de cujus hereditate agitur.

Hoc aditu patefacto, tutius jam & sine offensa progrediemur. Et age igitur, singula porro, quæ in hoc argumento cognitu necessaria occurrunt, pensiculate consideremus.

CAPUT III.

Quid sit collatio.

SUMMARIUM.

1. *Quæstiones principales in hac materia tractandæ.*
2. *Vulgatam collationis definitionem minus accuratam esse ostenditur.*
3. *Nova ab auctore allata & exposita.*

1. AD cognitionem juris de collatione constituti, quam hic quærimus, sex ferme sunt accommodatæ quæstiones, quas etiam ordine, sed paulo pluribus capitibus explicabimus. Prima est, in qua quæritur, quid sit collatio. Secunda, inter quos locum habeat. Tertia, quando seu qua in successione. Quarta, quæ bona in collationem veniant sive quid quisque conferat. Quinta, quomodo collatio fiat, & omissæ quæ pœna. Sexta & postrema, collationis quis sit finis, quis effectus. Quod si in his explicandis eadem subinde inculcabimus, cogitet lector in crebra juris mutatione id esse necessarium.

2. Collatio vulgo definitur rei propriæ in communem hereditatem illatio, ut æqualitas servetur, & ea servata bona hereditaria inter descendentes seu liberos, qui parenti succedunt, dividantur. *vide Nemaus. tract. de collat. pr. n.* 2. *Sapiam in l. si emancipati.* 9. *C. hoc tit. Fernand. Vasq. de success. resol. lib.* 2. §. 19. *n.* 1. & 7. *seqq. Saport. tract. de collat. n.* 11. Sed hæc definitio examen legum de materia artium ferre non potest, & omnino vitiosa est, sive ad veteris sive ad novi juris normam exigatur. Nam etsi verum est, jure veteri non nisi propria bona in collationem venisse; quippe quo jure soli liberi emancipati conferebant: tamen non est verum de toto, de omni & semper, quod lex veritatis, quæ κατ' παντὸς dicitur, requirit. Nam utique non conferebant emancipati ea, quæ reipublicæ militantes in castris aut toga sibi acquisierant, quæ maxime cujusque propria sunt. *l.* 1. §. *nec castrense.* 15. *ff. hoc tit.* In eandem legem vel magis peccat ista definitio, si ad rationem novi juris examinetur. Cum enim hodie non modo emancipati suis, sed etiam sui emancipatis, & sibi quoque invicem conferant, & conferantur nunc non alia bona, quam profectitia, sive ea a matre, de cujus successione agitur, profecta sint, sive a patre, & a patre profecta ne novo quidem jure filiisfam. acquirantur, sed parentum, quorum in potestate sunt, propria maneant. §. 1. *Inst. per quas pers. cuique acq.* Hic jam vides, quam longe vulgata illa definitio recedat ab ista lege, quam dixi universalem & perpetuam veritatem in documentis artium requirere. Plane si proprietatem verbi spectamus, ea sola proprie conferri dicuntur, quæ nostra sunt, aut utique quodammodo nostra, ut dos & donatio propter nuptias a patre profecta. Cæterum & ea quoque dicuntur conferri, licet minus proprie, quæ, verbi causa, in peculium a patre accepimus, nimirum ratione possessionis, aut potius detentionis duntaxat: quippe cum ea in bonis patris permaneant, atque in hereditate ejus reperta dividantur. *l. filiæ.* 12. *C. hoc tit.*

Colla-

Collatio inquam *κυρίως* rerum est propriarum, non hereditariarum: sed tamen in his etiam posterior ætas verbo collationis usa est, ut significaret earum, omissa quali quali possessione, in commune restitutionem, collationem sc. opponens ei, quod alias præcipuum retinetur. *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Sic in *l. certum.* 13. *C. fam. ercisc.* dicitur liberorum peculia post mortem patris ad communionem esse revocanda, id est, conferenda: Græci *συνεισφέρεται*, *conferuntur*; respectu videlicet usus & juris administrandi, quod habuerunt vivente patre, ut bene *Joan. Saporta tract. de collat. n. 77. & 2. seqq.*

3. Sic igitur potius collatio definiatur. Collatio est contributio earum rerum, quas de bonis suis parens, de cujus hereditate agitur, liberis suis, ut liberis, in vita sua concessit, ob causam donavit, aut alias ea lege, ut conferrentur. Ajo *de bonis suis*, ut excludam adventitia, id est, quæ non ex bonis parentis, de cujus hereditate quæritur, sed aliunde liberis obveniunt; hæc enim novo jure collationi non sunt obnoxia. *l. ult. C. hoc tit.* & maxime castrensia & quasi castrensia, quæ semper a lege collationis immunia fuerunt. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. eod. l. 12. C. eod.* Cum dico *in vita sua*, excludo legata & fideicommissa, item mortis causa donationes, quæ demum post mortem patris acquiruntur, & ideo in collationem non veniunt. *l. 10. l. 15. & l. seq. C. eod.* His verbis, *liberis ut liberis*, removemus hinc ea, quæ liberi, non ut liberi, sed ut extranei quilibet, capiunt; veluti si pater filium propter bene merita remuneratus sit: hoc enim casu videtur filius meruisse donationem, non ut filius, sed ut extraneus quilibet, quem nemo dixerit collatione fungi oportere, facit *l. a patre.* 10. *C. hoc tit.* ibi *extero jure capiens.* Sed de hoc pluscula inferius.

Per verba *ob causam donavit*, intelligo dotem & donationem propter nuptias, aliaque, quæ liberi a parentibus accipiunt, ut se exhibere, negotiationem aut artem aliquam &c. exercere possint. Itaque excludimus hic donationem simplicem, extra quam si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias; tunc enim naturam induit donationis ob causam. *l. pen. §. 1. C. hoc tit.* Illis verbis, *aut alias ea lege. &c.* innuo etiam simplicem donationem conferri, sed ita demum, si ea lex donationi expresse dicta fuerit. *d. l. pen. §. 1.*

CAPUT IV.

Inter quos locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1. *Ex edicto solos liberos emancipatos ad collationem vocari.*
2. *Ei soli emancipatum conferre, cui & aliquid aufert.*
3. *Ex sententia edicti quo casu emancipatus ad collationem vocetur.*
4. *Sententia l. 6. ff. de dot. collat.*
5. *Emancipatos ex edicto sibi invicem non conferre.*
6. *Explicatio l. 1. §. si sit filius. ff. hoc tit.*
7. *Hotomannus & Bachovius notati.*
8. *Sui nec inter se, nec emancipatis ex edicto conferunt.*

9. *Nec emancipati ex testamento hereditatem obtinentes suis heredibus.*
10. *Collationi locum fuisse etiamsi liberi ex capite unde liberi exclusi, ex sequentibus admitterentur.*
11. *Confutatio sententiæ contrariæ.*
12. *An liberi, qui sunt in adoptiva familia conferant fratribus naturalibus.*
13. *Explicatur l. 1. §. is quoque. ff. hoc tit.*

1. SUCCEDIT nunc secunda quæstio, inter quos collatio locum habeat. Edicto perpetuo, atque ita jure veteri ad collationem bonorum vocantur soli liberi emancipati, idque tunc demum, cum aut bonorum possessione contra tabulas petita, aut nullo testamento facto simpliciter ex capite *unde liberi* ab intestato succedunt una cum fratribus suis, qui in potestate patria manserunt. *l. 1. pr. & §. 5. ff. hoc tit. l. si emancipati. 9. C. eod. l. filium quem. 20 §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.*

2. Ei autem suo emancipatus confert, cui & aufert aliquid ex causa hereditaria: ut ecce, filius emancipatus nepoti ex se suscepto & retento in potestate confert, non fratri: si non sit nepos, confert fratri. *l. 1. §. 13. ff. de conjung. cum emanc. lib.* vel si sit filius, & ex alio filio jam mortuo nepos unus, & ex alio nepote ex eodem filio nato & mortuo duo pronepotes, unus in potestate, alter emancipatus, pronepos emancipatus fratri soli confert, non patruo: si non sit frater, soli patruo, non patruo magno: si non sit patruus, patruo majori, id est, filio; quæ species est *d. l. 1. §. ult.*

3. Et quidem secundum verba edicti non aliter emancipati præteriti ad collationem urgeri videntur, quam si filii in potestate retenti heredes instituti, & ipsi contra tabulas bonorum possessionem petant, non si ea omissa ex testamento hereditatem amplectantur: sed ex sententia edicti etiam hoc casu conferendum iis esse Scævola respondit: quoniam pro parte sua bonorum possessionem petere potuissent; & utique injuriam per bonorum possessionem emancipatis datam patiuntur. *l. si filius. 10. ff. hoc tit.*

4. Non obstat huic responso Scævolæ *l. 6. ff. de dot. coll.* nam longe diversa species in *d. l. 6.* a Pomponio proponitur, nimirum ubi filius emancipatus heres institutus est, & filia in potestate existens, exheredata, quæ inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit; quo casu ideo collationi locus non est, quia soror injuria a prætore non afficitur, eo quod frater emancipatus ex judicio patris venit. At apud Scævolam in *d. l. 10. hoc tit.* refertur casus, quo filius ὑπεξούσιος heres est institutus præterito emancipato; atque hoc casu ex æquitate inducitur collatio. An circa hos casus mutatio aliqua facta sit jure τῶν νεαρῶν, dicemus postea.

5. Hinc jam elicimus hæc consectaria. Primum est, quod emancipati sibi invicem ex edicto nihil conferant, deficiente videlicet causa, propter quam collatio a prætore introducta est: nam cum pari jure omnes ad bonorum possessionem admittantur, nullo incommodo alter alterum afficit. *l. 1. §. totiens. 5. l. 2. §. si tres. 5. ff. hoc tit. l. 9. C. eod.* aliis autem non confertur, quam quibus pars hereditatis detrahitur; nec alii conferunt, quam qui detrahunt. *l. 1. §. emancipatus. 13. de conjung. cum emanc. lib.*

6. Sed objicitur huic sententiæ *l. 1. § si sit filius. 16. d. tit.* Tractatur illic hæc ab Ulpiano quæstio: Tres erant fratres, unus emancipatus, duo in potestate retenti, quorum

quorum alter duobus relictis filiis, uno in potestate avi, altero emancipato vita excessit. Avo mortuo filius emancipatus beneficio prætoris utitur, ut sibi ex hereditate patris partem ferre liceat. quæritur quemadmodum bona sua, quæ ex eodem edicto fratribus conferre debet, partiri eum oporteat. Respondet Ulpianus ex sententia Scævolæ, tres eum partes facere oportere, & superstiti filio trientem dare, sibi alterum retinere, nepotibus tertium conferre: quoniam nepotes in filiorum gradum succedentes, etiam in hac collationis causa eodem jure uti debent. *l.* 1. §. *si pater*. 4. *d. tit. l.* 2. §. *si duo*. 7. *ff. hoc tit.* Dicet hic aliquis, si emancipatus emancipato non confert, soli nepoti in potestate retento conferri totum illum trientem oportere. Hæc objectio etsi Cujacio *lib.* 3. *obs.* 29. gravissima visa est, mihi tamen non videtur adeo magni momenti; quia collatio illa non fiet simul & conjunctim ambobus nepotibus, sed ei uni duntaxat, qui in potestate avi manserat: emancipatus autem frater edicti beneficio dimidiam ei partem auferet; atque ita non directo, sed per interpositam fratris personam sextantem ex patrui emancipati bonis consequetur: quoniam frater in potestate retentus fratrem emancipatum admittere cogitur. *l.* 1. §. *emancipatus*. 13. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* & simile quid accidit in specie *l.* 5. *pr. ff. hoc tit. Saport. d. tract. n.* 50. & *seqq. Suerin.* 1. *repet. lect. c.* 46. *Hotom.* 9. *obs.* 8. *Bachov. ad Treutl. disp. de collat. thes.* 3.

7. Cæterum Hotomannus & Bachovius addunt aliquid, quod aut falsum est, aut non intelligo, quid sibi velint, nimirum per personam alterius nepotis, cui ajunt, liberos non habenti, cum frater idemque nepos emancipatus concurrens inferat injuriam, & ideo bona sua conferre teneatur, fieri, ut emancipatus patruus per consequentiam, propter nepotem in potestate, cui ipse patruus injuriam facit, nepoti quoque emancipato conferat. An igitur cum nepote in potestate retento, sive ille liberos habeat, nepos idemque frater emancipatus non concurret, aut si concurrit, non infert injuriam aut necessitate conferendi non tenetur? ne ipsos, quidem hoc dicturos arbitror. Et credibile est. *arg. d. l.* 1. §. *emancipatus*. 13. *de conjung. cum emanc. lib.* quem locum allegant, hoc eos sensisse, ipsum nepotem emancipatum, si liberos non habeat in potestate proavi retentos, fratri suo in potestatem conferre debere, cui alias non conferret de quo in *pr. hujus capitis* dictum est.

8. Secundum consectarium est; suos neque invicem sibi, neque emancipatis ex edicto conferre; quippe cessat & hic ratio collationis, quoniam si patri suo ab intestato succedentes aut inter se aut cum emancipatis, nec sibi invicem aliquid auferendo injuriam faciunt, cum æquali jure omnes heredes sint ex antiqua lege 12. tabularum, nec emancipatis, a quibus potius ipsi injuriam patiuntur. *l.* 1. *pr.* & §. *totiens*. 5. *ff. hoc tit.* Sed nec extra bona castrensia & quasi castrensia, quæ libera sunt ab onere collationis. *d. l.* 1. §. *nec castrense*. 15. filiifam. quicquam de suo conferre poterant, cum cætera omnia parentibus suis, quorum in potestate erant, acquirent. *Saport. n.* 58. Quod autem filiafam. dotem tam suis, quam emancipatis confert, id non ex edicto est, sed ex rescripto D. Pii. *l.* 1. *de dot. collat.* de quo iterum inferius.

9. Tertium est; si emancipati scripti sint heredes una cum fratribus suis, & ex testamento hereditatem obtineant, eos bona sua fratribus non conferre. *l.* 6. *de dot. collat. l. Pomponius Philadelphus*. 35. *ff. fam. erc. l.* 1. *l.* 7. *C. hoc tit.* cessante videlicet etiam hic ratione edicti, quia nulla hoc casu fit injuria, neque quicquam fratribus avocatur, cum emancipatus a patre heres una scriptus est, & directo ex judicio patris succedit.

Ex-

Excipiendum eſt, niſi teſtator expreſſim aliud caverit. *d.l.* 1. & *d.l.* 7. Ad hunc autem locum non pertinet *l. ſi non mortis.* 25. *ff. de inoff. teſtam.* quia nos loquimur de emancipato herede ſcripto: illic vero agitur de filio immerito exheredato, cui competit querela inofficioſi teſtamenti.

10. Illud quæſitum eſt, an collationi locus ſit, etiamſi liberi tempore vel repudiatione excluſi ex primo capite *unde liberi*, ex ſecundo aut tertio capite, *unde legitimi* aut *unde cognati* admittuntur: & magis eſt, ut etiam hic collationi ſit locus, ut ecce, duo ſunt filii alter in poteſtate, alter emancipatus: uterque patre inteſtato mortuo neglexit petere bonorum poſſeſſionem ex prima parte, unde liberis defertur, & tempore excluſus eſt. Hic quidem ita jus eſt, ut nihilominus ex alia parte petere bonorum poſſeſſionem poſſint, filius in poteſtate vel ex capite *unde legitimi*, vel ex illo *unde cognati*; emancipatus ex ea parte *unde cognati* tantum: quippe abſurdum prætori viſum non eſt, eos qui diverſas habent qualitates, ex diverſis quoque capitibus ſucceſſive admitti, & ipſos ſibi ex hac parte ſucceſſoria ſuccedere, ita ut in ſpecie propoſita primo capite excluſi ſimul ſuccedant ex alia atque alia parte edicti, & ſuus *unde legitimi*, emancipatus *unde cognati* petere poſſint. *l.* 1. §. *ſed videndum.* 11. *de ſucceſſ. edict. l.* 6. §. 2. *de carbon. edict. l.* 4. §. 1. *ff. quis ord. in bon. poſſ. ſerv.* Sed quæritur an hoc quoque caſu emancipatus fratri ſuo conferre debeat. Et puto, ut dixi, conferre debere: ex ſententia nimirum edicti, cui toties locus eſt, quoties aliquo incommodo is, qui in poteſtate eſt, afficitur interventu emancipati. *l.* 1. §. *toties.* 5. & *arg. l. ſi filius.* 10. *ff. hoc tit.* & alias eludi poſſet conferendi neceſſitas. Confirmat hanc ſententiam quod prætor liberos etiam ex inferioribus ordinibus venientes, non tantum ut agnatos aut cognatos, ſed etiam ut liberos conſiderat. *l.* 6. § 2. *ff. de carbon. edict.* eſtque hujus rei argumentum, quod annuum nihilominus ſpatium habent, non ut cæteri, centum dies. *l.* 4. §. 1. *ff. quis ord. in bon. poſſ. ſerv.* Et cum igitur liberi etiam ex ſecundo & tertio capite veniant tanquam liberi & jure liberorum ſuccedant, ratio nulla dari poteſt, cur alter alteri, cui injuria fit: conferre non debeat.

11. Hoc fundamento poſito, non difficile erit reſpondere rationibus *Baldi, Cagnoli, Alexandri, Riminaldi in l. ſi emancipati.* 9. *C. hoc t.* & aliorum, *ut Nemauſenſis tract. de collat. c.* 2. *n.* 19. *Petri Tholoſani lib.* 46. *ſyntagm. c.* 8. *n.* 24. quibus illi moventur in contrarium: veluti cum ita argumentantur; collationi locus non eſt inter agnatos & cognatos: at liberi ex inferiore ordine venientes vicem agnatorum & cognatorum ſubeunt, &c. hanc aſſumptionem falſam eſſe ſatis apparet ex iis, quæ modo dicta ſunt. Nulla lege cautum eſt, inquiunt, ut inter eos, qui ex ſecundo aut tertio capite veniunt, conferendi neceſſitas eſſet. Inepta ratio, quoniam ſatis cautum eſt, ut ſit collatio inter liberos: quos jam oſtendimus, etiam tunc cum ex inferiore parte veniunt, tanquam liberos & jure liberorum ſuccedere. Perſpicue autem lapſus eſt Alexander in eo, quod putavit collationem eſſe rem odioſam; tantum enim abeſt, ut odioſa haberi debeat collatio, ut contra etiam favorem mereri videatur, tanquam conciliatrix concordiæ & æqualitatis. Jure recentiori res eſt plane liquida, *l. ut liberis.* 17. illic, *quocunque jure inteſtatæ ſucceſſionis. C. hoc tit.* quod etiam Saporta *tract. de collat. n.* 72. bene obſervavit: & noſtram hanc ſententiam, quæ etiam communis eſt, contra *Bald.* & alios jam olim recte tutati ſunt *Fulgoſ.* & *Roman. in d. l. ſi emancipati.* 9. *C. hoc tit. add. Gilken. in d. l.* 9. *num.* 45. & *ſeqq.* Jure noviſſimo hæc diſputatio pene ſupervacua videtur, poſt-

postquam *Nov.* 181. *c.* 1. tres ordines facti succedentium jure civili.

12. Quæritur, an liberi, qui sunt in adoptiva familia, conferant fratribus suis naturalibus. Quæstio hæc videri potest inepta: nam liberi adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, patri naturali sunt extranei, non tantum jure civili, sed etiam honorario: & ideo præteriti, si adhuc in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, nec ad bonorum possessionem *contra tabulas*, nec ad illam *unde liberi* a prætore vocantur. §. *at hi.* 10. *cum seqq. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* §. *adoptivi.* 4. *Inst. de exher. lib.* Et quomodo ergo his quæstio moveri poterit de collatione, qui nihil auferunt. Et tamen apud Ulpianum *l.* 1. §. *is quoque. ff. hoc tit.* legimus, eum, qui in adoptiva familia est, conferre debere, non quidem ipsum, sed qui eum habet in potestate, si maluerit bonorum possessionem accipere. *add. l.* 12. *de dot. collat.* quod a ratione juris plane alienum esse videtur. Et profecto ita est: sed locum istum Ulpiani restringi oportet ad casum, quo filius adoptivus a patre naturali heres institutus est, præterito alio filio sive suo sive emancipato. Nam ita edictum prætoris conceptum fuit, ut beneficio præteriti etiam institutus recte peteret bonorum possessionem contra tabulas. *l.* 3. §. *si quis.* 11. *l. si post.* 10. §. *ult. ff. de bon. poss. cont. tab.* quo casu res ad causam intestati redibat, & in terminis de datis in adoptionem idem Ulpianus in *l.* 8. §. *in adoptionem.* 11. *d. tit.* scribit eos a prætore non submoveri, modo heredes instituti sint, eosque accipere bonorum possessionem contra tabulas; sed solos non committere edictum.

13. Atque hæc explicatio & restrictio confirmatur etiam ex ipsa *l.* 1. §. *is quoque.* 14. *ff. hoc tit.* ait enim jurisconsultus, si pater adoptivus ante petitam bonorum possessionem filium sine fraude emancipaverit, eum ad collationem non cogi: atqui constat filium adoptivum post patris naturalis mortem emancipatum bonorum possessionem unde liberi aut contra tabulas petere non posse, hæc cum non intelligeret Saporta, insigniter erravit, *d. tract. n.* 60. *& seqq.* ubi ita disputat, acsi in *d. l.* 1. §. 14. ageretur de collatione a filio adoptivo facienda naturalibus liberis defuncti, a quo & ipse adoptatus fuerat. Plane hodie postquam etiam inter institutos collationi locus esse cœpit, in casu proposito non amplius desideratur, ut institutus beneficio præteriti bonorum possessionem contra tabulas petat. Apud nos, qui liberos adoptivos non habemus, hæc quæstio inutilis, ut & in reliquo Belgio, *Grot.* 1. *manuduct.* 6. *Christin. vol.* 4. *decis.* 185.

CAPUT V.

An alii præter descendentes collatione fungantur.

SUMMARIUM.

1. *De veteri jure frustra quæri, an inter adscendentes collatio locum habeat.*
2. *Novo jure quæstionem illam colorem habere posse: sed nec hoc jure collationem isto casu admittendam.*
3. *Multo minus collationi locum esse inter laterales.*
4. *Collationem interdum officio judicis induci deficiente remedio juris.*

1. AN adſcendentes liberis ſuis ſuccedentes collatione fungantur, de veteri jure fruſtra quæritur: quippe quo jure nunquam duo adſcendentes ſimul ſuccedebant. Nam filius quidem in poteſtate heredem ab inteſtato habere non poterat, ſed eo mortuo pater bona ejus jure peculii occupabat, etiam ipſa caſtrenſia. *l. 2. ff. de caſtr. pecul. §. 1. Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* Emancipato autem liberos non habenti etſi ab inteſtato pater & mater ſuccedebant, non tamen ſuccedebant ſimul: ſed pater excludebat matrem, ſive ut manumiſſor heres exiſteret, ſive non manumiſſori competeret bonorum poſſeſſio. *l. 2. §. objicitur. 15. ff. ad ſenat. Tertull. l. 10. ff. de ſuis & legit.* qua in re iterum graviter errat Saporta putans patrem & matrem æqualiter ex Tertulliano admitti. *n.* 64. Mater vero excludebat avum & proavum, quos placebat in Tertulliano matri non nocere. *d. l. 2. §. objicitur.* Poſtquam autem liberis in poteſtate conſtitutis conceſſa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, datus quidem etiam his fuit heres ab inteſtato, ſed fratres & ſorores parentibus prælati. *l. 4. C. de bon. quæ lib. in pot. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* quod haud dubie etiam in ſucceſſione liberorum emancipatorum ſimul obtinere cœpit, ut tamen hic pater manumiſſor præferretur matri, jure veteri patri ſervato. *l. 2. C. ad ſen. Tertull.* Jam vero cum fratres, qui parentibus in ſucceſſione potiores erant, nihil invicem conferrent credibile non eſt ad parentes onus collationis pertinuiſſe; & ideo minus credibile, quia ante conſtitutionem Leonis nec liberi matri aut aviæ ſuccedentes quicquam inter ſe conferebant: & omnino hic ceſſabat ratio, ob quam primum collatio introducta fuit, videlicet injuria, qua alter afficiebatur detracta parte hereditatis.

2. Sed poſtquam hæc ratio mutata eſt & functionem collationis ex ſola æqualitate æſtimari placuit, maxime jure noviſſimo, quo ſtatim poſt liberos defuncti parentes ad ſucceſſionem vocantur, & ita ut plures adſcendentes ſimul ſuccedere queant, *Nov. 118. c. 2.* abſurdum quibuſdam viſum non eſt, ſi dicamus nunc etiam parentes liberis ſuis ſuccedentes, bona quæ ab his acceperunt, in medium conferre oportere; quod & defendit *Aretinus in l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* & defendi poſſe exiſtimat *Jaſon. in l. 9. C. eod.* Sed cum nulla lege aut conſtitutione de collatione a parentibus facienda cautum ſit, & tantum de æqualitate inter liberos ſervanda etiam noviſſima Juſtiniani ſanctione *Nov. 18. c. 6.* mentio fiat, ſatius eſt, ut nos intra ſepta contineamus; præſertim cum multa alia de liberis conſtituta ſint, quæ ad parentes produci non debent, quorum magnam partem collegit *Jaſon. in l. ult. C. unde lib. add. Nemauſ. c. 2. n. 19. & quæſt. 20. Saport. n. 64. Sichard. ad rubr. C. hoc tit. n.* 10. poſt *Cynum, Bald. Caſtr. Rimin. in l. 9. C. eod. late Gilken in d. l. 9. n. 39.*

3. Multo minus collationi locus erit inter cognatos lineæ tranſverſæ; quia quod quis a fratre, aut patruo vel avunculo, aut alias cognatus quis a cognato inter vivos habuit, non poteſt videri datum animo minuendæ portionis hereditariæ poſtea obtingentis. Inepte autem pro hac ſententia argumentum adducitur ex *l. 3. §. 1. ff. de leg. præſt. contr. tab.* ubi negat juriſconſultus ex edicto illo legata conſervari fratri & ſorori: Nam ſi ex eo recte collegeris fratres & ſorores collationi non eſſe obnoxios, neceſſario ſequeretur onus collationis incumbere parentibus, quoniam his legata conſerventur. *d. l. 3. §. 1. l. 1. eod.* Sed nimirum æqualitas & communio, quam collatio introducit, iis tantum apta & conveniens eſt, qui ſuccedunt in

bona

bona demortui jure liberorum, quique simul veniunt jure quodam fraternitatis; quod ipsum per se nomen nihil aliud est, quam æqualitas & communio, & ita *DD. comm. ad l. 9. C. hoc tit. Nemauſ. c. 2. n. 1. Boer. deciſ.* 302. *Vaſq. lib. 2. de ſucceſſ. reſol.* §. 19. *n.* 27. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 2. *n.* 8. Ex consuetudine Burgundiæ inter laterales quoque dandum esse locum collationi censet *Chaſſan. tit. de ſucceſſ. rubr.* 7. §. 5. *n.* 59. *& ſeqq.*

4. Plane si æquitas rei potestatem collationis inducere debeat, deficiente juris remedio succedet officium arbitri familiæ erciscundæ, ne quis coheredum id præcipuum habeat, quod citra cæterorum injuriam retinere non possit. Nam officium arbitri adminiculum est & auxilium subsidiarium, cui plerumque locus est ex æquitate, cum ratio juris deficit, ut in specie *l.* 2. *C. de inoff. donat.* item in *l. filii.* 16. *l. filiæ.* 18. *& paſſim C. fam. erciſc. Ant. Fab. C. ſuo hoc tit. defin.* 1. *& C. de pact. defin.* 2. ubi illustre exemplum,

CAPUT VI.

De diverſo jure ſuccedentibus.

SUMMARIUM.

1. *An locus collationi, ubi unus e filiis inſtitutus, alter exheredatus eſt, ſive uterque in poteſtate ſit, ſive neuter, & exheredatus per querelam teſtamentum evertat.*
2. *Quid ſi emancipatus heres inſtitutus, frater exheredatus.*
3. *Quid ſi emancipatus heres inſtitutus frater præteritus.*
4. *Quid ſi filius in poteſtate heres inſtitutus, emancipatus præteritus.*
5. *Species l.* 1. *pr. ff. de dot. coll. & an ea procedat, cum filia heres ſcripta ſe miſcuit, præterito forte filio emancipato.*
6. *Jure novo de his fruſtra diſputari.*

DUO sunt filii, quorum unus a patre institutus est heres, alter exheredatus, qui inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit: potest enim testamentum ex post facto pro parte per querelam rescindi, & ita ex accidenti fieri, ut quis vi ipsa pro parte tantum testatus decessisse videatur. *l.* 15. *in fin. l. circa.* 24. *& l. ſeqq. in fin. ff. de inoff. teſt.* Itaque in casu proposito alter ex testamento, alter ab intestato succedit.

1. Quæritur, an locus sit collationi? Et jure quidem veteri nulla in hac specie erat collatio, sive uterque filius in potestate fuisset, sive neuter: nam nec sui inter se, nec inter se emancipati eo jure quicquam conferebant, excepta filiafam. quæ ex rescripto D. Pii dotem conferre fratribus cogebatur, de quo dictum supra est.

2. Sed etsi ponamus alterum fuisse emancipatum, alterum in potestate, & emancipatum a patre heredem scriptum, fratrem exheredatum, quamvis hic frater exheredatus actione de inofficioso mota testamentum patris pro parte postea everterit, & ita in partem dimidiam bonorum patris tanquam ab intestato succedat, cessabit nihilominus collatio: quoniam suus non conferebat emancipato, nec hic item emancipatus suo, propterea quod ex judicio patris venit. *l. pater filium.* 6. *ff. de dot. collat.*

3. Sed finge filium in potestate heredem institutum, emancipatum præteritum, hic si emancipatus petita bonorum possessione contra tabulas testamentum patris pro parte evertat, etiam si frater omissa bonorum possessione, quam beneficio præteriti accipere poterat, ex testamento hereditatem amplexus sit, jure quoque veteri emancipatus fratri suo heredi conferebat, non quidem ex verbis edicti, aut summo jure; sed ex æquitate & edicti sententia: cum utique etiam hic per bonorum possessionem ab emancipato agnitam suus injuriam patiatur. *l. si filius. 10. ff. hoc tit.* multa in contrarium disputat *Ant. Fab. dec.* 40. *& seq.* contendens *d. l.* 10. corruptam esse a Triboniano, additumque totum illum versum, *Sed magis sentio* &c. verum frustra & incassum; longeque alius casus proponitur *l. 6. de dot. collat.* quam in *d. l. 10. ff. hoc tit.* illic proponitur filius emancipatus heres institutus, filia in potestate exheredata; hic filius in potestate heres institutus, emancipatus præteritus.

4. Similiter rescripto Imperatoris D. Pii collatio producta est in specie *l. 1. pr. de dot. collat.* ubi filiafam. quæ neglecta bonorum possessione hereditati paternæ se miscet, dotem conferre tenetur, cum ex edicto collatio tantum fiat inter succedentes jure prætorio, bonorum possessione contra tabulas aut *unde liberi* petita. Quidam putaverunt hoc etiam procedere eo casu, quo filia testamento patris heres scripta se miscuit, puta præterito filio emancipato, qui bonorum possessionem contra tabulas accepit, & sua bona conferre tenetur: neque hic ullam esse absurditatem, *arg. d. l.* 10. *hoc tit.* Ego tamen dubito, quoniam hic filia ex judicio patris directo venit, quo casu cessat collatio. *l. 6. l. 7. ff. de collat. dot. l. 1. C. hoc tit.* & si filia cum fratribus heres instituta non confert *l. 7. C. eod.* multo minus ad collationem urgeri posse videtur, si sola heres scripta sit.

5. Finge iterum filium, qui in potestate est, heredem scriptum, emancipatum exheredatum, hic etsi emancipatus ad bonorum possessionem contra tabulas non admittatur. *l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* ac proinde nec frater heres scriptus beneficio exheredati, tamen si emancipatus de inofficioso quæstus patris testamentum resciderit, adhuc dicendum videtur ex humanitate & sententia edicti conferre eum debere fratri heredi scripto, qui non minus per querelam inofficiosi, quam petita bonorum possessione contra tabulas injuria afficitur adempta parte hereditatis, & hoc fortius, quam in specie *d. l. 10. hoc tit.* An vero dicemus idcirco emancipatum hic non conferre, quia contra tabulas petere non potuit, & ideo hic cessare partes prætoris? *arg. l. 7. ff. de dot. collat.*

6. Sed de his frustra disputamus post constitutionem Leonis in *l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* & jure novissimo cum etiam inter eos collatio locum habeat, qui ex testamento & judicio patris veniunt, necesse est, ut nunc etiam ii conferant, qui diverso jure veniunt: cui illud quoque consequens est, quod in casu *d. l. 10. ff. hoc tit.* nunc mero jure collatio facienda sit, & facienda etiam in casu *l. 6. & l. 7. ff. de dot. collat.* utpote sublatarum per *Nov.* 18. *c.* 6. quæ & communis est opinio, test. *Jas. in d. l. 17. C. hoc tit. col. 5. vers. in ultima parte. Grass. lib. 2. rec. sent. quæst. 4. Nemausens. d. tract. quæst. 32. Vasq. lib. 1. de success. resol. §. 19. n. 54. & seqq.*

CA-

CAPUT VII.

De mutatione progressu temporis facta circa personas conferentium.

SUMMARIUM.

1. *Collatio dotis a quo quam ob causam imposita filiæfam.*
2. *A quo quam ob causam collatio dotis & donationis propter nuptias liberis omnibus injuncta.*
3. *A quo qua de causa producta collatio ad succedentes in linea materna.*
4. *Item ad nepotes & neptes succedentes cum patruis & avunculis.*
5. *A quo tandem quam ob causam tracta collatio ad succedentes ex testamento.*
6. *Inter liberos collationem fieri debere, etiamsi cum his extraneis heres scriptus sit.*
7. *Ad excludendam collationem sufficere voluntatem defuncti ex evidentibus conjecturis elicitam.*
8. *Non conferri, quod datum est ultra portionem hereditariam.*

PROCEDENTE tempore etiam liberis in potestate positis onus res quasdam conferendi impositum est, & tam invicem sibi, quam fratribus emancipatis simul ex edicto succedentibus, bonorum scilicet possessione *unde liberi* aut *contra tabulas* petita.

1. Et quidem primus D. Pius constituit, ut filiafam. dotem, quam a patre acceperat vel promissam habebat, fratribus conferret. *l. 1. pr. ff. de dot. collat. junct. l. 3. l. 4. l. 8. l. filiæ. 12. C. hoc. tit.* quod ratio æqualitatis suasit, eo quod pater dotem ex officio dare tenetur, & dos etiam profectitia propter jus filiæ, quod constante matrimonio habet, e bonis patris quodammodo exit, de quo dictum superius *c. 2.* Putaverunt nonnulli obstare *l. Pomponius Philadelphus. 35. ff. fam. ercisc.* sed male: quoniam Papinianus illic tractat de filia testamento patris herede instituta, quo casu filia non conferebat dotem. *l. 7. C. hoc tit.*

2. Quod cum a D. Pio constitutum esset in dote, Leo Imperator, propter similitudinem dotis, idem juris esse voluit & in donatione propter nuptias, quæ veluti alia quædam dos sive ἀντιφέρνη & dotis quædam compensatio est; veteribus autem incognita. *l. 29. C. de inoff. testam.*

3. Idem Imperator collationem produxit etiam ad successionem intestatam in linea materna. *l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* Itaque ex eo tempore liberi omnes, sive sui sint, sive emancipati, sive soli sui, sive soli emancipati, sive inter se mixti, sive nec sui, nec emancipati, quocunque jure intestatæ successionis parentibus heredes existant, ad collationem vocantur. Hoc autem ex sola consideratione æqualitatis a Leone constitutum est: nam liberi matri non acquirunt, aut matri ex senatusconsulto succedentes, quemquam injuria afficiunt, præter agnatos, quibus alias ex lege duodecim tabularum deberetur hereditas: sed horum in causa collationis nunquam ratio habita fuit.

Plenius itaque Leo non solum in dote, sed etiam in donatione propter nuptias de collatione cavit; videlicet ut sine distinctione a patre, an a matre, avo, avia, proavo, proavia, paternis, maternis dos aut donatio propter nuptias profecta esset, conferretur; idque locum habere voluit tam in suis, quam in emancipatis. *d. l. 17.*

Justinianus autem insuper sustulit scrupulum, qui ortus erat ex constitutione

Arcadii & Honorii in *l. nepotes. C. Theod. de legit. hered.* an quod ſtatutum erat in collatione per nepotes avunculis facienda, etiam in patruis, amitis, materteris, & contra probandum eſſet. Fecit hoc Juſtianus in *l. illam.* 19. *C. eod.* ubi ſcrupulum illum tollens generaliter cavet, ut nepotes avo aut aviæ ſuccedentes ab inteſtato non tantum inter ſe, ſed etiam patruis, avunculis, amitis, & materteris defuncti liberis ac coheredibus ſuis, atque hi viciſſim illis conferant. *Bart. Jaſ. Alex. & alii ad d. l. 9.*

4. Nondum erat collatio inter eos, qui ſuccedebant ex teſtamento. *l. 6. l. 3. ff. de dot coll. l. Pomponius Philadelphus.* 35. *ff. fam. erciſc. l.* 1. *l.* 7. *C. hoc tit.* niſi nominatim teſtator collationem injunxiſſet. *d. l.* 1. *C. hoc tit.*

5. Tandem autem etiam hoc jus mutavit Juſtinianus; atque ut omnimodo æqualitas inter liberos ſervaretur, conſtituit, ut liberi, quamvis heredes ſcripti bona inter ſe conferant, uti conferrent, ſi ab inteſtato parenti ſucceſſiſſent, niſi teſtator expreſſe collationem remiſerit aut inhibuerit. *Nov.* 18. *c.* 6. unde *auth. ex teſtamento. C. hoc. tit.* Aliter nimirum teſtamento facto Juſtinianus voluntatem patris de collatione admittenda interpretatus eſt, aliter veteres & priores legum conditores. Veteres verba defuncti ſecuti ſunt, & ex verbis de collatione judicarunt, ut ſi teſtator collationem injunxiſſet, bona conferri deberent; ſi de collatione nihil dixiſſet, tunc nihil quoque conferri ex voluntate ejus deberet. Juſtinianus autem ſententiam parentum ſpectavit, non verba, & credidit, nec ſine ratione, ſemper in dubio hanc videri eſſe mentem & votum patris, ut æqualitas & concordia inter liberos ſervetur, nec alter plus altero conſequatur. Quod autem de collatione nihil caverit pater, id videri factum, quia aut cogitatione mortis præpeditus ὑπὸ τῆς ἐν τῷ θανάτῳ ταραχῆς στενοχωρούμενος aut alia cogitatione impeditus, non meminerit eorum, quæ prius a ſe data fuerunt. Ad hanc enim æquitatem ut res revocetur, expreſſe teſtatur Imperator, ſed etiam collationem exigere a ſcriptis heredibus. *d. Nov.* 18. *c.* 6.

6. Nec dubito, quin inter liberos collatio fieri debeat, etiamſi cum his extraneus aliquis heres ſcriptus ſit quoniam cum per adjectionem extranei heredis non tollatur ratio juris novi, quæ æqualitatem inter liberos deſiderat, nec hac adjectione videri poteſt remiſſa collationis neceſſitas. Extraneo autem heredi conferendum eſſe, aut hunc conferre oportere nemo credo dixerit. *Nemauſ. c.* 2. *n.* 18. *Rimin. in l.* 9. *hoc tit. n.* 181. *Ant. de Amat. n.* 156. *& ſeq.* 7.

7. Illam autem reſtrictionem noſtram *niſi teſtator expreſſe collationem remiſerit aut prohibuerit*, juxta *d. Nov.* 18. *c.* 6. non ſic accipi volumus, quaſi ad excludendam collationem omnino neceſſariam putemus verbis directo inhibentibus aut remittentibus expreſſam parentis voluntatem: ſed voluntatem quoquo modo ſignificatam, iis tamen verbis, unde ea probabiliter colligatur: veluti ſi pater majorem partem bonorum filio aſſignaverit, quam filiæ, addita hac ratione, quod filiam dotaſſet: ex eo enim ſatis intelligimus eum noluiſſe dotem a filia conferri *per l. ex parte.* 39. §. 1. *ff. fam. erciſc. & ibi Coſtal.* unde *Wameſ. cent.* 2. *Civil. conſ.* 44. recte reſpondit, teſtatorem, qui quaſdam res a filia conferendas ſpecialiter deſignaverat, intelligi reliquas a collatione exemiſſe. Sed & in caſu præcedente idem probandum eſſe licet cauſam inæqualis diviſionis non expreſſerit pater; & ad collationem impediendam, ſi alias inæqualitas oriretur, ſufficere voluntatem defuncti conjecturis collectam, contra *Fulgoſ. & Roman.* contendit *Aretin. in l.* 9. *C. hoc tit. col.* 2. *arg. d. l.* 39.

39. §. 1. *fam. ercisc.* cujus sententiam ab æquitate commendat *Nemaus. quæst.* 33. sequitur *Cravett. cons.* 85. & 125. *Surd. cons.* 143. *n.* 18. & 19. & alii laudati & probati a *Fachin. lib.* 5. *c.* 78. quibus suum quoque calculum adjicit *Cl. D. Tulden. ad C. h. t. n.* 2.

8. Qua eadem ratione, etsi regulariter dos conferri debet, tamen si pater majorem filio, quam filiæ portionem reliquerit, censendus est tacite onus conferendi remisisse. *Mantic. lib.* 6. *de conj. ult. vol. tit.* 2. *n.* 11. *post. Odofr. Alber. Floria. & alios ibid. citatos.* Denique ob hanc eandem causam non confertur, quod præter & ultra portionem hereditariam datum est; veluti si pater filiæ suæ nomine dotem dederit centum aureorum, addita hac clausula, *idque ultra eam portionem, quam in bonis meis me defuncto habitura est.* quippe qua adjectione collatio non obscure remittitur. *Ant. Fab. C. suo hoc tit. defin.* 2.

CAP. VIII.

De filio & ex eo nepote institutis; deque filia instituta, quæ alias, statuto extantibus masculis excluderetur.

SUMMARIUM.

1. *Certo jure olim cessasse collationem, si filius & simul nepos ex eo instituti fuissent.*
2. *Sed nec novo aut novissimo jure collationem isto casu procedere.*
3. *Casus superiori non absimilis.*
4. *Filiam, quæ statuto a successione patris extantibus masculis excluditur, heredem cum fratribus scriptam, collationi obnoxiam non esse.*

1. JURE veteri, si pater filium & ex eo nepotem heredes instituisset, cessasse collationem certum est: quoniam omnium institutorum idem jus erat, cum omnes venirent ex judicio parentis, ut & succederent jure proprio, & nemo per alterum incommodo afficeretur: sic enim si emancipatus una cum suo heres institutus fuerat, cessabat ob eandem causam collatio, & omnino non erat locus collationi inter succedentes ex testamento, de quo *c. præced.*

2. Sed nec novissimo jure, quo etiam inter succedentes ex testamento jus collationis est, in casu proposito collatio admittenda; quia cessat ratio, ob quam etiam in testamentaria successione locum habere collationem placuit, nimirum conservatio æqualitatis inter liberos: sed inter eos liberos nimirum, qui jus æquale habent in successione paterna, & qui si testamentum factum non esset, jure liberorum ab intestato hereditatem obtinuissent; quod in proposito non est, utpote cum pater in successione intestati nepotem ex se natum in totum exclusisset. Absurdum quippe est dicere eos, qui in successione intestata jus nullum habent, si fuerint cum aliis instituti, inducere collationem: nam æqualitas illa respicit æquale jus liberorum in successione intestati, & alias magis induceretur inæqualitas; ita post *DD. vulgo in l.* 9. *C. hoc tit. Nemaus. quæst.* 25. *Pet. Tholos.* 46. *syntagm.* 8. *n.* 24. *Gomes. ad legem Tauri.* 29. *n.* 7. *Gilken. in l.* 9. *C. hoc tit. n.* 48.

3. Similiter si verbi causa testator Titium filium suum ex sola portione legitima heredem scripserit, in reliquis autem bonis nepotes tum ex eodem Titio, tum ex Mævio filio

filio altero prædefuncto, dicendum est Mævii liberos donationem propter nuptias, quam pater eorum a testatore eodemque patre suo acceperat, conferre non teneri; quoniam testamento non condito liberi Titii in successione avi nihil juris vivente Titio habituri fuissent, sed extraneorum loco futuri. Et mirum est eos, qui secus sentiunt, ad confirmationem contrariæ sententiæ proferre *l. si nepotes. 7. ff. hoc tit.* & *l. ut liberis. 17. C. eod.* quippe quibus locis agi constat de successione intestata, ac proinde de iis nepotibus qui in ea successione jus habent, eo quod successerunt in locum patris *d. l.* 7. aut etiam matris juxta jus novum introductum a Leone in *d. l.* 17. Quamvis autem Justinianus collationis jus produxerit etiam ad successionem testamentariam, semper tamen ponendi sunt termini habiles κατὰ τὸ ἤδη διατυπωμένον, ut ipse loquitur; nempe si illi liberorum heredes instituti fuerint, qui & ab intestato venire poterant, aut qui immerito exheredati præteritive, queri de inofficioso, vel bonorum possessione contra tabulas petita testamentum patris evertere possent. Ita recte Curia Frisiæ apud *Joan. a Sande lib. 4. tit. 10. defin. unic.*

4. Ex his fere judicari etiam potest, quid ad illam alteram quæstionem respondendum sit, an filia statuto existentibus masculis a successione ab intestato exclusa, & a patre simul cum fratribus herede instituta, ad collationem vocanda sit: nimirum idem, quod in casu superiore, non cogendam conferre: quoniam cum ita exclusa nihil juris habeat in successione patris intestato mortui, si instituta sit tanquam extranea venire videtur: extraneos autem collatione non fungi in confesso est. *l. ult. C. comm. utr. jud.* Utique jure liberorum censendi non sunt, quibus nec legitima debetur, sed qui alendi tantum, & qui nec bonorum possessionem *unde liberi*, nec præteriti *contra tabulas* petere possunt, nec exheredati queri de inofficioso. Quod si soror in proposito fratribus conferre deberet, fratres quoque vicissim huic conferre tenerentur; quod est absurdum & contra sententiam ac favorem statuti. Nec obstat, quod statuto duntaxat locus sit in causa intestati, hic autem filia heres cum fratribus instituta proponatur, atque, ut vult *Jason in l. 9. C. hoc tit. col.* 8. non ut extranea, sed ut filia ex paterno affectu; nam æquale jus liberorum, quod habuissent in causa successionis ab intestato, etiam fundamentum est collationis faciendæ in successione testamentaria. *Nov.* 18. *c. 6.* & magis est, ut quod ex testamento patris hic filia consequitur, id extero jure, ut quilibet alius extraneus, capiat. *arg. l. a patre. 10. C. hoc tit.* ita *Nemaus. d. quæst.* 25. *Pet. Tholos. d. num. 24. Cravett. 1. cons. 11. n. 13. post Bald. in l. ult. C. de lib. præt. col. fin. Bart. in l. ult. ff. ad Sen. Tertull. Rimin. ad l. 9. C. hoc tit. n. 237. & seqq.*

CAPUT IX.

Quando seu qua in successione locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1. *Olim collationi locum non fuisse, nisi in successione ab intestato.*
2. *Quid si non testamentum, sed codicilli facti essent.*
3. *Confutatio vulgatæ distinctionis inter codicillos de toto & de parte disponentes.*
4. *Qui bonorum possessionem omittit contentus codicillo sibi relicto, ad collationem non urgetur.*

5. *Cur*

5. *Cur codicillis factis collatio nihilominus processerit, testamento facto non item.*
6. *Quæstiones hujusmodi hodie supervacuas esse, post Nov. 18. c. 6.*

1. OFFERT se nunc tertia quæstio, quando seu qua in successione collationi sit locus. Olim qui ex judicio patris veniebant, non sustinebant onus collationis, nisi id expresse injunctum fuisset: sed collatio tantum locum habebat in successione intestata. *l.* 3. *l.* 6. *ff. de dot. coll. l.* 1. *l.* 7. *l. ut liberis.* 17. *C. hoc tit.* quanquam nihil intererat, testamentum factum non esset, an quod factum erat, eversum esset per bonorum possessionem contra tabulas, aut per querelam inofficiosi. *l.* 4. *d. l.* 17. *C. hoc tit.* atque ejus rei jam sæpe mentio facta est.

2. Quæsitum autem ab interpretibus est, quid juris fuerit, si non testamentum, sed codicilli facti essent. *Curtius, Cagnol. Riminald. in l.* 9. *C. hoc tit.* distinguunt inter codicillos disponentes de toto, & disponentes de parte aliqua, atque illis asserunt collationem impeditam fuisse, his non item: nimirum illi codicillos, quibus disponitur de toto (quanquam hoc minus accurate dicitur, cum codicillis non detur hereditas) putaverunt comparandos testamento, ut sicuti testamento institutus filius emancipatus non conferebat, ita nec collationi obnoxius fuerit in casu codicillorum disponentium de toto, id est, ut ego puto, de bonis universis aut parte hereditatis emancipato restituenda, quoniam hic succedit tanquam ex judicio patris: at ubi de re aliqua singulari disponunt, idem dici non posse.

3. Ego vero non possum animadvertere, quid ad causam collationis intersit, de toto codicilli, an de parte disponant: siquidem ex codicillis non succeditur: de collatione autem quæri non potest, nisi inter eos, qui simul succedunt. Ponamus patrem filium emancipatum codicillis rogasse, ut portionem hereditatis fratri suo in potestate retento restituat. Hic filius emancipatus non succedit ex codicillis, aut directo venit ex judicio patris; sed ut succedat, beneficio prætoris opus est, bonorum possessione unde liberi: quam si petat, bona sua fratri, cum quo simul succedit, ne incommodet suo heredi, conferre debet. Partem autem, quam rogatus est restituere, restituet retenta quarta ex Senatusconsulto, eamque præcipuam habebit. *arg. l. a patre.* 10. *l. filiam.* 16. *C. hoc tit.* Idemque omnino juris est, si liberi emancipati codicillis rogati sint de re singulari fratribus in potestate retentis restituenda. *dd. ll.*

Ponamus ex contrario patrem codicillis a filio in potestate constituto fideicommissum hereditatis aut rei singularis reliquisse filio emancipato: nihilomagis emancipatus ex judicio patris succedit, & codicillis non obstantibus bonorum possessionem *unde liberi* petere debet: quam si petierit, cum filio in potestate concurrens bona quoque sua conferre cogitur, ut tamen quæ codicillis relicta sunt, quoniam extero jure capiuntur, præcipua habeat. *l. a patre.* 10. *l. filiam.* 16. *C. hoc tit.* & *ibi Gloss.* & *DD.*

4. Plane si bonorum possessionem omiserit, contentus eo, quod sibi relictum est codicillis, hoc casu ad collationem eum urgeri non posse certum est: quoniam nemo ad collationem vocatur, qui non appetit successionem. *l. ult. ff. hoc tit. l. ex causa.* 25. *C. fam. ercisc.*

5. Sic ergo omnino habendum, jure veteri locum esse collationi etiam tunc, cum codicilli facti sunt, quoniam nihilominus succeditur ab intestato; sed codicillis uni

ex liberis relicta in contributionem non venire; quia hoc non ut liberi, sed ut extranei quilibet, capiunt. *dd. ll. junct. l. 1. §. 6. ff. hoc tit.* Testamenti longe alia ratio est: nam si in eo institutus esset filius emancipatus, tum & partem suam, ex qua heres scriptus erat, consequebatur, & de suo nihil conferebat: quoniam directo ex judicio patris succedebat: si vero præteritus esset, hic contra tabulas bonorum possessionem petens, quod ipsi relictum erat, præcipuum habere non poterat, cum testamentum & judicium patris everteret. *l. 5. §. 2. ff. de legat. præstand. add. Ant. Fab. dec. 40. err. 4.*

6. Hæc quæstio adhuc locum habere potest, sicubi locorum observetur, ut collatio tantum fiat in causa successionis ab intestato: alias supervacua est, cum jure communi ex constitutione Novella Justiniani etiam ex testamento conferri oporteat, & omni casu, quo collationem ab intestato fieri necesse erat; nisi collatio expressim prohibita aut remissa sit. *Nov. 18. c. 6.* unde *auth. ex testamento. C. hoc tit. & ibi DD. vulg.*

CAPUT X.

De bonis collationi obnoxiis, & contra.

SUMMARIUM.

1. 2. 3. 4. 5. *His numeris continetur brevis quædam repetitio eorum, quæ supra disputata, præsertim cap. 2.*
6. *Distinctio peculii filiorumfam.*
7. *Hanc distinctionem in argumento de collatione etiam in emancipatis usum habere, & id quoque profectitium censeri, quod a matre obvenit.*
8. *Applicatio superioris distinctionis ad collationem.*
9. *Bona castrensia collationis immunia.*
10. *Item quasi castrensia.*
11. *Quid juris de libris filio literis operam danti a patre suppeditatis.*
12. *Quid de datis filio jam gradum adepto.*

1. HÆC quarta principalis quæstio est, cæteris prolixior & subtilior. Ex iis, quæ supra disputavimus, intelligi potest, liberos emancipatos cum suis concurrentes omnia bona, quæ si in potestate mansissent, patri acquisituri fuerant, juxta edictum generale conferre debuisse. Itaque sola castrensia & quasi castrensia fratribus non conferre. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit.*

2. Post rescriptum Divi Pii sui heredes inter se aut cum emancipatis concurrentes dotem conferebant: sed dotem duntaxat; nam donatio propter nuptias adhuc erat incognita, & cætera bona vel profectitia vel adventitia in hereditate patris manebant, inter heredes dividenda.

3. Postea donatione ante seu propter nuptias introducta, placuit ut hanc etiam liberi conferrent, si modo profecta esset ab eo parente, de cujus hereditate dividenda ageretur: quod suasit ratio æqualitatis. *l. ut liberis. 17. C. hoc tit.*

4. Adhuc præter profectitia etiam pleraque adventitia parenti, cujus in potestate erant,

erant, liberi pleno jure acquirebant; sola materna & materni generis excipiebantur. Itaque verisimile est emancipatos in hujus generis bonis tantum ab onere collationis exemptos fuisse: quoniam etsi in potestate mansissent, horum proprietatem non patri, sed sibi acquivissent: ob hanc enim rationem duntaxat castrensia & quasi castrensia non conferebantur,

5. Postquam autem adventitiorum omnium proprietas liberis in potestate constitutis concessa fuit a Justiniano, recte eidem Imperatori visum est, ne quicquam conferretur præter profectitia, id est, ea, quæ ex bonis parentis, de cujus successione quæritur, profecta sunt. *l. ult. C. hoc tit.*

Sed antequam speciatim definiamus, quæ res conferendæ sint, aut non conferendæ, utile erit genera bonorum, quæ liberi habent, sive in potestate sint, sive non sint, accurate distinguere.

6. Quicquid filiifam. habent, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliunde quæsitum, id uno nomine peculium appellatur. Hujus autem peculii quatuor sunt genera 1. castrense, quod per occasionem armatæ militiæ filiofam. quæsitum est. 2. quasi castrense, quod in toga reipub. operam navans paravit. 3. profectitium, quod a patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. 4. adventitium, quod aliunde obvenit. *l. ult. C. de inoff. test. §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Primum & secundum genus bonorum pleno jure est ipsorum filiorumfam. tertium pleno jure patris: quarti ususfructus ad patrem pertinet, ad filium proprietas. *d. §. 1.*

7. In eos autem, qui sunt sui juris, etsi hæc distinctio & nomen peculii non cadit. *d. l. ult. C. de inoff. test. l. paterfam. 182. de verb. sign.* attamen in argumento de collatione bonorum, cum quærimus, cujus conditionis bona conferri oporteat, etiam distinctione ista uti licebit, & abuti nomine peculii in emancipatis aut alias sui juris factis. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit.* Sed & quicquid provenit ex bonis ejus parentis, de cujus successione agitur, etiamsi mater aut avia sit, pro profectitio, quoad effectum conferendi habendum est. *l. ut liberis. 17. C. eod.*

8. Jam vero juxta hanc distinctionem bonorum sic statuendum est; cujus generis bona filius si sit in potestate patris, patri non acquirit, sed sibi præcipua habet, ejusdem generis bona emancipatus fratribus conferre non debet: sed uti fratres sua illa præcipua haberent, ita & emancipati ejusdem generis bona præcipua habere debent. Contra vero cujus generis bona filius, qui in potestate mansit patri suo acquirit, ejusdem generis bona emancipatus fratribus confert: quoniam cum hujus generis bona in filiosfam. collata veniant sua sponte in divisionem paternæ hereditatis, & ita communicentur cum emancipatis fratribus, iniquum est ejusdem generis bona emancipatos in divisionem hereditatis non conferre. *l. filiæ. 12. C. hoc tit.*

9. Igitur ut dicere cœperamus, non conferuntur bona castrensia. *l. ult. C. hoc tit.* & jam olim hæc fratribus suis non conferebant emancipati. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. eod. l. 12. C. eod.* nempe quia & si fratres, qui in potestate manserunt, ejusdem generis bona acquisivissent, ea in divisionem hereditatis paternæ non veniebant, sed præcipua sibi habebant, utpote patri nunquam quæsita, sed illis pleno jure tributa tanquam patribusfam. *§. 1. Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Proinde nec si quæ res mobiles a patre, aut a matre, aliisve propinquis aut amicis filio in militiam eunti donatæ sint, puta equi, arma &c. conferentur, quia castrensi peculio cedunt. *l. 4. C. fam. ercisc. l. 1. C. de*

 castr.

castr. pecul. lib. 12. Sed & ex alio quoque capite, quæ ita donata sunt a propinquis aut amicis, non conferuntur, quia non conferuntur adventitia.

10. Eadem ratio est & bonorum quasi castrensium. *d. l.* 1. *§. nec castrense.* 15. *ff. hoc tit.* Itaque si quid filii in alicujus dignitatis aut administrationis gradu positi, si causas in foro orantes, si liberales artes publice profitentes &c. acquisierint, id in collationem non venit.

11. Quæsitum est, an idem dicendum sit de libris a parte filio literis operam navanti emptis & traditis, ut & ipsi tanquam quasi castrense peculium non conferantur. Hanc quæstionem prolixe tractat *Gilken. ad auth. ex testamento. n.* 29. *& multis seqq. C. hoc tit.* Sed nihil opus est tam operosa disputatione. Nam si illa librorum datio aut suppeditatio a patre revocari potest, antequam gradum acceperit filius, quod plerique concedunt cum *Bart. in l.* 1. *§. nec castrense.* 15. *ff. hoc tit. Jas. in l. filiæ.* 12. *C. eod. Bald. in l.* 5. *C. ad Sen. Maced.* & recte, *arg. l. sive emancipatis.* 14. *C. de donat. l.* 10. *l. a marito.* 18. *C. de don. int. vir. & ux.* libri ita a patre comparati & studiorum causa filio traditi, pro quasi castrensi peculio haberi non possunt. Imo nec studiosi, quamdiu in cursu sunt, quasi castrense peculium habent: utique non recensentur in eorum numero, qui habent. *l. ult. C. de inoff. test.* nulliusque momenti est argumentum pro contraria sententia ductum a privilegiis, quæ studiosis concessa in *auth. habita. C. ne fil. pro patr.* Quæ enim hæc collectio est, Imperator quædam privilegia doctoribus & studiosis promiscue concessit; ergo conditionem eorum exæquavit? Ac proinde si pater prius mortuus fuerit, quam filius cursu studiorum suorum absoluto titulum Doctoris, Licentiati, aut Magistri meruerit, dici non potest, libros illi subministratos quasi castrensi peculio accensendos & collationis immunes esse: quod & ipsum confirmant *Bald. Castr. Fulgos. in l. si donatione.* 13. *C. hoc tit. Ant. de Amatis in l.* 9. *C. eod. n.* 139. & plures alii, quos memorat *Gilken. ubi sup. n.* 42.

Sed neque ex illo capite, quo donatio simplex non confertur, libros filio bonis artibus operam danti a patre datos a collatione eximere possumus: quoniam ut recte *Bald. in d. l.* 5. *C. ad Sen. Mac.* pater filio scholari emens libros, eos donare minime censendus est: & *l.* 1. *C. de castr. pec.* accipienda de iis, quæ filio donata sunt, non quæ simpliciter data aut concessa. *add. Sichard. in l. filiæ.* 18. *C. fam. ercisc. n.* 3. *&* 4. *& in auth. ex testamento. C. hoc tit. n.* 20. Plane si pater libros, quos filio comparaverat, eum patiatur retinere etiam postquam titulum Doctoris &c. adeptus est, ex eo tempore peculio quasi castrensi adscribendi videntur, rataque esse atque irrevocabilis donatio. *arg. l. Sticho.* 53. *ff. de pecul. l. donationes.* 25. *C. de don. int. vir. & ux.*

12. Sane enim si filio jam titulum Doctoris adepto, atque in foro versanti libros aliquos pater dedisset, eos peculii quasi castrensis jure censeri oportere crediderim *Alber. de Rosat. in l.* 13. *C. h. t. n.* 7. *Bart. in l.* 1. *§. nec castrense. n.* 2. *ff. eod. late Salic. in l. filiæ.* 18. *C. fam. erc. n.* 14. *&* 15. *Sichard. in d. auth. ex testamento. n.* 20. *Vasq. lib.* 2. *de success. resol. §.* 19. *n.* 30. *& seq. Schneid. in §. quædam. Inst. de act. ubi de actione fam. erc. n.* 48. *Perez. C. hoc tit. n.* 12. *Gilken. ubi sup. n.* 35. *& ibi citati.*

CAP.

CAPUT XI.

De collatione adventitiorum.

SUMMARIUM.

1. *Adventitia jure novissimo non conferuntur.*
2. *Nec emancipatis horum conferendorum onus incumbit.*
3. *An fructus adventitiorum ab emancipatis conferendi.*
4. *An si percepti a filiofam.*

1. SECUNDUM distinctionem bonorum capite præcedenti positam, nec adventitia hodie in collationem veniunt. Nam postquam constitutionibus Imperatorum recentiorum & maxime Justiniani effectum est, ut nec peculium adventitium acquiratur patri, quod ad proprietatem attinet, recte visum est Justiniano & superioribus convenienter, ut bona quoque adventitia collationi eximerentur; propter eandem videlicet rationem, ob quam placuit, ne castrensia aut quasi castrensia conferrentur. *l. ult. C. hoc. tit.*

2. Et igitur nec emancipati jam necesse habent conferre, quæ ipsis aliunde quam a patre obvenerunt, ut recte statuunt *DD. comm. in & per d. l. ult. C. hoc tit.* Etenim correcta ratione legis, & ipsa lex correcta intelligitur. Cum ergo Justinianus in *d. l. ult.* ad exemplum castrensis peculii hoc se sancire testetur, ne ea quæ parentibus non acquiruntur, collationi post mortem parentum subjaceant, etiam hoc sancire simul intelligitur, ne emancipati ea, quæ si in potestate mansissent, patri non acquisivissent, conferre necesse habeant: quippe cum ob hanc unam causam emancipati olim castrensia conferre non tenerentur; quoniam etsi in potestate mansissent, nihil tamen juris in his patri acquisitum fuisset. Dissentit tamem *Nemaus. c. 2. n. 10. post Odofr. in d. l. ult. & Jac. de Ravenn. relatum ab Alex. & Jas.* Sed horum argumenta nullo negotio convelli poterunt, dummodo nostra bene expendantur. Nam quod ajunt certo jure constitutum esse, ut emancipati una cum suis heredibus ad hereditatem paternam adspirantes omnia bona sua in medium conferant. *l. 1. pr. ff. hoc tit. l. 6. C. eod.* nullamque legem aut constitutionem proferri posse, qua hæc illis necessitas remittatur, hoc ex eo refellitur, quod Justinianus in *d. l. ult.* quæ edita est Lampadio & Oreste Coss. necessitatem collationis attemperavit rerum acquisitioni; & bona adventitia in causa collationis ejusdem juris esse voluit, cujus jam antea erant castrensia; quæ constat nunquam in collationem venisse.

3. De fructibus tamen adventitiorum adhuc quæsitum est, an non hos saltem emancipati conferre teneantur, quoniam si in potestate mansissent, eorum commodum patri quæsitum fuisset. Quod omnino affirmandum videtur, sive novi juris rationem spectes, æqualitatem videlicet; sive veteris, quia quantum ad fructus, hodieque liberis in potestate retentis affertur incommodum, cum illi fructus acquirant patri. Idque pro certo post *Cyn. Bart Castr. Fulgos.* tradit *Jas. in d. l. ult. col. 2.* Nec obstat, quod objicit *Nemaus. quæst.* 8. quod filius emancipatus,

cipatus, statim pleno jure hosce fructus sibi acquirat: sufficit enim ad onus collationis, quod patri acquisiti fuissent, si mansisset in potestate. Cogitandum tamen, an non officio arbitri familiæ ercifcundæ collatio ista moderanda sit propter alimenta, quæ filio in potestate pater præstitit; cum emancipatus se ipse exhibere debeat, per ea, quæ supra *c. 5. in fin.*

4. Ex contrario quoque fructus bonorum adventitiorum a filiofam. percepti conferendi sunt; quoniam adventitia, quatenus eorum possessio & usus conceditur filio, naturam quodammodo induunt profectitiorum, quorum proinde fructus præcipuos sibi retinere filius non potest. Imo vero adventitiorum fructus omnes jure profectitiorum censendi, quia ad patrem pertinent. Accedit & ratio æqualitatis, quoniam ut jam dictum est, emancipati eorundem bonorum fructus conferre tenentur. Plane si sine dolo malo consumpti fuerint, cessabit collatio *per l. 1. §. confertur. 23. l. 2. §. 2. ff. hoc tit. Nemaus. quæst. 8. Rimin. ad l. 9. C. hoc tit. n. 358. Jas. in l. ult. C. eod. col. 2.* Quod si pater ipse usumfructum retinere noluerit, aut filio simpliciter donaverit, ut in specie *l. 6. §. 1. vers. sin autem. C. de bon. quæ lib.* cessabit collatio. *Gomes. ad l. 29. Tauri. n. 28. & DD. ibid. recensiti.* hæc quæstio autem supervacua est, ubi plena adventitiorum proprietas ipsis filiisfam. acquiritur, ut passim in Belgio, & Gallia. *Gudelin. lib. 1. de jur. Nov. 14. Grot. 1. manud. 6. Chassan. in consuet. Burg. §. 5. tit. des enfans de plusieurs lictz.*

CAPUT XII.

De collatione dotis & donationis propter nuptias.

SUMMARIUM.

1. *Dos & donatio propter nuptias quando quibus conferatur.*
2. *Quibus nepotes & neptes, cum patruis aut avunculis concurrentes, dotem aut donationem propter nuptias sibi datam conferant.*
3. *An & quam dotem & quibus filiæfam. aut filiæ emancipatæ conferant.*
4. *Quid jure veteri isto casu obtinuerit. & n. 5. & 6.*
7. *Quid si dos non data, sed tantum promissa fuerit.*
8. *Filius non tenetur conferre dotem uxoris suæ.*
9. *Nec dotem, quam filiæ suæ dedit, nisi ad eum reversa sit.*
10. *Quid si hereditas divisa non interveniente collatione.*
11. *Quid juris si constante matrimonio de dote conferenda agatur.*
12. *Sententia auth. quod locum. C. hoc tit.*
13. *An dispositio d. auth. hodie observetur.*

IGITUR cum neque bona castrensia aut quasi castrensia, neque adventitia subjecta sint collationi, uti jam demonstratum est, si qua sunt legi collationis obnoxia, ea erunt sola bona profectitia, quod & verum est. Profectitia autem in hoc argumento appellamus omnia, quæ profecta sunt ab eo parente, de cujus successione agitur; etiamsi a matre, avo materno, aut avia vel paterna vel materna. Neque tamen

tamen omnia hæc in collationem veniunt, quamvis testamento aut codicillis non sit remissa collatio: cæterum pleraque.

1. Primum conferenda est dos, quam filia, & donatio propter nuptias, quam filius a parente, de cujus hereditate agitur, accepit. *l. ut liberis.* 17. *C. hoc tit. Nov.* 18. *c.* 6. Ajo, *de cujus hereditate agitur:* nam si verbi causa agatur de successione avi aut aviæ, neptis non cogetur patruis aut avunculis suis conferre dotem, quam accepit a matre: quia non est profecta ex bonis ejus parentis, cui nunc succeditur, quod *d. l.* 17. requirit. *Bart. in l. illam.* 19. *C. hoc tit. n.* 7. *Cyn. ibid. n.* 2. & post hos *Castrens. n.* 4. *Fulgos. n.* 3. *Roman. n.* 10. *Corn. n.* 24. eademque est ratio donationis ante nuptias.

Quod autem dotis aut donationis propter nuptias titulo mater ipsa aut pater accepit, a matre aut patre suo, id nepotes & neptes, avo aut aviæ succedere cupientes, patruis suis & avunculis conferre, ut patrem & matrem suam repræsentantes, debent. *l. illam.* 19. *C. hoc tit. & ibi comm. DD. Gomes. ad l. Tauri.* 29. *n.* 7. Et quidem collatio hæc a nepotibus fieri debet, quamvis a successione parentis, qui dotem aut donationem propter nuptias accepit, abstinuerint, dummodo adspirent ad successionem avi vel aviæ, unde dos aut donatio propter nuptias profecta. Ita consulit *Molin. consil.* 25. respondit *Charond.* 3. *respons.* 8. & non semel judicavit Curia Parisiensis, testibus *Chopin. lib.* 3. *de privil. rustic. c.* 9. *Papon. lib.* 21. *tit.* 7. *arrest. ult. Charond. lib.* 3. *respons.* 55.

2. Quid si avus vel avia, de quorum successione quæstio est, dotem dederint vel donationem propter nuptias, non matri aut patri, sed ipsis neptibus aut nepotibus? Ponamus Titiam decessisse filio & filia, & ex alia filia præmortua nepote, & nepte a se dotata, relictis. In hac specie neptem non avunculo & materteræ, sed nepoti eidemque fratri suo dotem conferre oportere, responderunt *Fulgos. Roman. Salic. Angel. in d. l. illam. C. hoc tit. arg. l.* 1. §. *si sit nepos.* 2. *ff. de dot. collat.* Atqui isto in loco agitur de collatione dotis facienda a nepte filiafam. & de collatione bonorum omnium facienda a nepte emancipata, ex ratione juris veteris & rescripto Divi Pii, quod ad neptes ratione lineæ maternæ non pertinet: nisi dicamus nunc etiam pertinere ex constitutione Leonis in *l. ut liberis.* 17. *C. hoc tit.* & Justiniani in *d. l. illam. C. eod.* Sed magis est, ut totum illud jus hisce constitutionibus mutatum videri debeat. Nam cum in facto proponatur dotem ab avia, cujus de hereditate agitur, profectam esse, atque in causa dotis & donationis propter nuptias, si illa profecta sit ab his personis, de quarum familia ercíscunda agitur, sola humanitatis & æqualitatis contemplatione collatio injungitur *dd. ll.* mallem respondere, etiam patruis & avunculis in specie proposita conferendum esse, cum *Castr. Corn. Alex. Dec. in d. l. illam. Purpur. ibid. num.* 39. ubi hanc opinionem communem esse ait. Sane si neptis, quæ dotem accepit, sit sola, non etiam nepos ex eodem, tunc etiam patruo conferendum esse, *d. l.* 1. §. 3. *de dot. coll.* & novo jure etiam avunculis & materteris, *d. l. illam. C. hoc tit.* extra controversiam est. Idemque est in causa donationis propter nuptias facta nepoti. Nimirum cum dos & donatio propter nuptias non ex liberalitate simplici, sed magis ex officio parentum, quo facilius matrimonio liberi junguntur, proficiscatur; atque hæc affectio sit omnium parentum erga omnes liberos, ratio novi juris, seu æqualitatis contemplatio etiam hic suadet collationem,

fuse

fuſe & ſubtiliter de ſuperiore quæſtione in utramque partem diſputat *Ant. de Amatis ad l. 9. C. hoc tit. n.* 153. *& ſeqq.*

3. Quoniam autem hodie liberi ſine diſtinctione dotem tantum profectitiam, id eſt, ut nunc interpretamur, eam, quæ profecta eſt ab eo parente, de cujus hereditate agitur, conferre conſtat, ſupervacua nunc eſt diſputatio interpretum in *l.* 4. *C. hoc tit.* quærentium, an & quam dotem filiæfam. conferant ſuis, an & quam emancipatis, an & quam emancipatæ ſuis, & denique an & quam emancipatæ emancipatis. Dicam tamen obiter, quid meo utique judicio hic olim obtinuerit, quo antiqui juris ratio ut cunque intelligatur.

4. Certum eſt filiam cum fratribus ſuis patri ab inteſtato ſuccedentem, dotem, quam acceperat, vel promiſſam habebat conferre debuiſſe. *l.* 1. *& paſſim ff. de dot. coll. l.* 2. *l.* 4. *C. hoc tit.* Non ſolum autem filia dotem conferre debebat, ſi emancipata erat, ſed etiam ſi eſſet in ſacris patris, id eſt, in poteſtate patris morientis. *l. filiæ* 12. *C. hoc tit. d. l.* 1. *pr. ff. de dot. collat.*

5. Emancipatam conſtat etiam dotem fratribus, qui in poteſtate manſerant, contuliſſe, quoniam hæc omnia bona iis conferre tenebatur. *l.* 1. *ff. hoc tit. l. ſi emancipati.* 9. *C. eod.* Emancipatis autem fratribus ſicut cætera bona conferre non cogebatur, ita nec dotem, & generaliter inter emancipatos ceſſabat collatio. *d. l.* 9. *C. hoc tit.*

6. Filiafam. & ipſa dotem conferre tenebatur iis fratribus, qui in poteſtate patris & eadem familia manſerant. *l.* 3. *in fin. l.* 4. *l. filiæ.* 12. *C. eod.* Quin & fratribus emancipatis. *d. l.* 4. Nec obſtat, quod in *d. l.* 3. *& d. l.* 12. nominatim adjicitur eam conferre debere fratribus, *qui in poteſtate manſerunt, in eadem familia conſtitutis.* Nam non ideo hoc adjicitur, quod emancipatis dos nullo modo conferatur, ſed quia filiafam. fratribus in poteſtate manentibus omnem dotem etiam adventitiam conferre debuit; emancipatis autem non omnem, ſolam profectitiam. *d. l.* 4. quo loco non de filia emancipata, ſed de filiafam. agitur, quæ dotem vel a patre vel aliunde accepit, & illa verba *d. l.* 4. *profectitiam ſeu adventitiam dotem a patre datam vel conſtitutam*, quæ alias nullum idoneum ſenſum habent, ſic accipienda ſunt, ac ſi ſcriptum eſſet, *a patre datam, vel alias* aut *ab aliis conſtitutam.* ut utraque dos, cujus & mentio fit, his verbis comprehenſa intelligatur. Ita ferme & *Don. ad. l.* 2. *C. hoc tit. in opuſc. poſtum.* niſi quod verba *d. l.* 4. modo relata, alio ſenſu donat. *Cujac.* 3. *obſ.* 30.

7. Etiam illam dotem filia conferre debet, quæ illi data non eſt, ſed tantum promiſſa. *l.* 1. §. 1. *de dot. collat.* Sed quoniam promiſſam dotem filia non habet, neque per ſe, quia ei data non eſt, neque per maritum, quia marito numerata non fuit: idcirco non plus nomine dotis conferre debet, quam accepit. Nacta autem eſt actionem ejus dotis petendæ: atque hanc actionem fratribus ſuis ita conferet, ut eos pro parte ea obligatione liberet: ut ſi verbi gratia pater filiæ dotem promiſerit, & deceſſerit relictis tribus liberis, duobus maſculis & filia, hi ſuccedentes ex æquis partibus, ſuccedent quoque in hanc obligationem pro portionibus hereditariis. *l.* 2. *C. de hered. act.* Proinde filia fratres ſuos pro tertia parte ſingulos ea obligatione liberabit. Idemque probandum eſt in donatione propter nuptias promiſſa tantum, non data.

8. Filius autem non tenetur conferre dotem uxoris ſuæ: nam etſi dos in bonis ſit mariti, quamdiu conſtat matrimonium, mulieris tamen manere nihilominus intelli-

gitur,

gitur, ejusque in proprium adhuc patrimonium esse, propterea quod soluto matrimonio ad eam reversura est. *l. quamvis.* 75. *ff. de jur. dot. l.* 3. §. *ergo.* 5. *ff. de minor.* Imo etsi maritus morte mulieris dotem lucratus sit, nihilominus eam præcipuam habere debet propter onera matrimonii, quæ sustinuit. *l.* 1. §. *emancipatus.* 20. *l.* 3. §. *quare.* 4. *ff. hoc tit.*

9. Sed nec filius emancipatus conferre debet dotem, quam filiæ suæ dedit, quoniam ex bonis ejus abiit. *l.* 4. *eod. l.* 1. § *ult. ff. de dot. collat.* Atque hoc quidem ita obtinet manente matrimonio. *l. pater.* 71. *ff. de evict.* Quid vero si solutum fuerit matrimonium & dos ad patrem reversa? Assentior Accursio in *l. dotem.* 6. *ff. hoc tit.* pronuntianti patrem debere dotem ad se reversam fratribus suis conferre: quod & Cujacius probat in *l.* 4. *ff. eod. tract.* 4. *ad African.*

10. Hoc autem jure nunc posito, dotem & donationem propter nuptias a quibuscunque parentibus, de quorum successione disceptatur, profectam, conferendam esse, consequens omnino est, si filia, quæ dotem, aut filius, qui donationem propter nuptias accepit, cum fratribus suis hereditatem diviserint, & dolo consecuti sint, ne dotem aut donationem propter nuptias fratribus conferrent, cogendos esse postea, fratribus suis restituere id, quod amplius habent, quam habituri fuissent, si dotem aut donationem propter nuptias contulissent. *l. si soror.* 8. *C. hoc tit.* & quidem officio judicis, ut post *Glossam Cyn. Bart. Fulgos. Castr. & DD. comm. in d. l.* 8. aut ut ego arbitror, condictione indebiti. *arg. l. cum putarem.* 36. *in fin. ff. fam. ercisc.* Quod si is, qui collationem desiderat, sit in possessione rerum hereditariarum, poterit idem consequi opposita doli mali exceptione. *arg. l. pater.* 8. *ff. de dot. collat.*

11. Quid autem dicendum, si adhuc maritus filiæ vivat, & constet matrimonium, an etiam hoc casu dotem conferre debebit? Movet quæstionem, quod dos constante matrimonio est penes maritum, non penes filiam: videtur autem admodum iniquum cogi filiam, ut eam dotem conferat, quam ipsa non habet: aut si cogenda est conferre, videtur saltem hoc illi concedi debere, ut quam conferre debet, dotem a marito exigat. Et quidem filia constante matrimonio non potest dotem a marito petere, quæ jure communi demum soluto matrimonio exigi potest. *l.* 2. *ff. solut. matrim. l.* 5. *C. hoc tit.* Sed nec propter rem, quæ inter alios agitur, marito injuria fieri debet. Nihilominus tamen dotem non exactam a marito conferre debet, ut scilicet eo minus in partem delatæ sibi successionis paternæ auferat. *d. l.* 5. Neque hoc iniquum est a filia exigi, quasi ea dotem non habeat. Etsi enim constante matrimonio dos penes maritum est, & ita penes maritum, ut non possessor tantum, verum etiam dominus dotis jure civili habeatur: natura tamen & revera in bonis mulieris manet; quia ad emolumentum mulieris pertinet, quicquid inde maritus percipit: percipit enim propter onera matrimonii, quæ propter emolumentum & causam uxoris sustinentur. *l. quamvis.* 75. *ff. de jur. dot.*

12. Sed convenientissimum temperamentum additum est in *auth. quod locum. C. hoc tit.* cujus hæc sententia est, ut filia constante matimonio dotem etiam non exactam a marito conferre debeat, si aut maritus solvendo sit, aut siquidem non sit solvendo, sed culpa mulieris factum sit, quominus dotem ab eo in tempore exigeret, cum sciret eum labi facultatibus. Culpa autem in ea est, si potuit dotem exigere, & non exegit: potuit vero his rationibus, primum si fuit sui juris, deinde si fuit quidem

in poteſtate patris, ſed aut dos fuit adventitia, aut profectitia quidem, ſed pater non obſtitit, quominus exigeret; aut denique ſi dos magna fuit, cujus exigendæ etiam repugnante patre illi poteſtas ſit *d. auth. quod locum.* ubi hoc etiam notant. *DD. comm. Perez ad C. hoc tit. n.* 15. optime *Harmenop. lib.* 5. περὶ συνεισφορᾶς.

13. Alcitatus *lib.* 4. *parerg. c.* 9. tradit *d. auth. quod locum.* uſu non obſervari, ſed dotem conferendam eſſe, etiamſi culpa mariti perdita ſit: quod etiam teſtatur *Molin. in addit. ad Dec. l.* 6. *C. hoc tit.* Sed id forte moribus Galliæ: nam alibi paſſim ſervari juris communis diſpoſitionem arguunt ſcripta interpretum in *d. auth.* & teſtatur *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 178. *n.* 14. & *vol.* 5. *deciſ.* 198. *n.* 11. & 12. atque ſecundum eam judicavit Curia Neapolitana teſte *Afflict. deciſ.* 247. ubi etiam *Caſ. Urſill. in annot.* Moribus tamen noſtræ quoque Bataviæ diſpoſitio *d. auth.* non obſervatur: & Curia etiam Mechlinienſis cenſuit eam de conſuetudine non ſervari. *Chriſtin. ubi ſupra.*

Porro autem collatio dotis & donationis propter nuptias fit ſimpliciter ſine uſuris aut fructibus. Detrahuntur etiam impenſæ neceſſariæ. *l.* 1. §. *cum dos.* 5. *ff. de dot. collat.* ſed de eo fuſius infra *c.* 16.

CAP. XIII.

De collatione ſumptuum præter dotem & donationem propter nuptias.

SUMMARIUM.

1. *Impenſæ præter dotem &c. in elocanda filia factæ, ſi ſtatim pereant, non conferuntur; ſecus, ſi durent & liberis ſalvæ maneant. & n.* 4.
2. *Eadem diſtinctio adhibenda in ſumptibus a patre factis ſtudiorum filii gratia.*
3. *Quando patre mortuo ſumptus continuandis ſtudiis neceſſarii ad commune onus pertineant.*
5. *Toties collationi, quæ alias ceſſaret, locum eſſe, quoties citra eam nimia oriretur inæqualitas.*
6. *Fori noſtri circa hæc praxis.*
7. *Quid ſi filius pecuniam ſibi ſtudiorum cauſa miſſam diſſipaverit.*
8. *Conſiderationes auctoris circa eandem quæſtionem.*
9. *In collationem non venit, quod pater pro redimendo ab hoſtibus filio, ſolvit.*
10. *An & quod ſolvit pro filii delicto.*
11. *Quæ liberis data ad familiam ſuſtentandam, negotiationem &c. exercendam, certo jure conferuntur.*
12. *An conferenda donatio uni ex liberis ob ſingulare meritum facta.*
13. *Datum matrimonii nobilioris perſonæ conciliandi gratia non recte eximitur collationi.*
14. *Sumptus pro filio facti dignitatis alicujus adipiſcendæ cauſa non conferuntur.*
15. *Nec facti in promotione filii ad gradum aliquem.*
16. *Militiæ verbo quid paſſim apud noſtros ſignificetur, & n.* 19.
17. *Sententia l. pen. pr. C. hoc tit. ubi de collatione emolumenti ex militia empta ab uno percepti.*

18. *Nulla*

18. *Nullæ sunt militiæ ex casu contra Taurellum.*

20. *Sufficit ad collationis necessitatem, quod acceptum est, aut vendi posse, aut ad heredes transmitti.*

QUÆSITUM est de reliquis sumptibus, quos præter dotem & donationem propter nuptias liberorum causa parentes facere solent, & primum quidem de impensis aliis præter dotem in elocanda filia fieri consuetis.

1. Distinguendum videtur, an hæ impensæ statim consumantur & liberis pereant, veluti quæ fiunt in festivitatem convivii nuptialis &c. an vero utilitas earum perduret, & liberis salvæ maneant; cujus generis sunt, annuli, gemmæ, monilia &c. ad ornatum filiabus data; ut quæ illius generis sunt, collationem effugiant; quæ hujus non item: quoniam dici non potest eas cadere in simplicem donationem, cum sint appendices dotis. *l.* 8. *C. de jur. dot.* & alias magna induceretur inæqualitas contra sententiam & humanitatem recentiorum constitutionum. Sumptus autem facti in convivium nuptiale licet & ipsi nuptiarum causa facti videantur, ad honorem tamen parentum, qui eos fecerunt, spectant; qui proinde eo animo tales sumptus, qui & statim pereunt, fecisse intelligi non debent, ut eorum collatione liberos onerarent. *facit arg. in l. id vestimentum.* 25. *ff. de pecul. Bart. in l.* 1. §. *nec castrense. l.* 5. *ff. hoc tit. n.* 9. *Gomes. ad legem Tauri.* 19. *n.* 15. *Gail.* 2. *obs.* 91. *n.* 5. communem asserens. *Tulden. in Cod. hoc tit. n.* 10. *Perez. n.* 15. & eadem quoque in effectu est sententia *Gudelini lib.* 2. *c. ult. Sichardi ad l. filiæ.* 18. *n.* 12. *C. famil. ercisc. Ant. de Amatis ad l.* 9. *C. hoc tit. n.* 366. *Schneid. in* §. *quædam actiones. Inst. de act. n.* 47. *ubi de act. fam. erc.*

2. Similiter quæsitum est de sumptibus, quos pater suppeditavit filio studiorum gratia peregre agenti, an & illi conferri debeant. Et eadem hic videtur in re dubia adhibenda distinctio, quæ supra, ut scilicet, si quid pater erogarit in viatica, in victum & cultum filii, in mercedes & honoraria præceptorum, quorum opera filius usus est, id in collationem non veniat: quoniam hi sumptus pereunt, & jure quodam alimentorum censeri debent. *l. quæ pater.* 50. *fam. ercisc.* Atque idcirco etiam æs alienum hoc nomine a patre contractum, patre mortuo commune omnium heredum onus erit. *arg. l.* 5. *C. ad senat. Maced.*

3. Quinimo & si patre mortuo fratres in communione bonorum paternorum manserint, sumptus cœptis studiis continuandis necessarios societati imputandos, quasi universorum bonorum contracta tacite societate, quidam responderunt, *arg. l. si societatem.* 73. §. 1. *ff. pro soc.* quod quidem admiserim, si fratres consortes post mortem patris bonis indivisis, non paternis tantum, sed etiam cæteris in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis aliquamdiu vixerint, nec a se invicem rationes unquam exegerint. At si tantum paternæ hereditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minime contracta videbitur; nec tunc hujusmodi impensæ ad commune omnium onus pertinebunt, cum nec lucrum omne commune sit. *per l. cum duobus.* 52. §. *Papinianus.* 6. *pro soc. l. ex parte.* 39. §. 3. *fam. erc. l.* 4. *C. comm. utr. jud. Schneid. ubi supra. num.* 56. *Ant. Fab. C. suo, pro soc. defin.* 3. *Tulden. comm. ad Inst. eod. c.* 1.

4. Contrarii autem generis sumptus veluti libri, instrumenta mathematica, tabulæ & sphæ-

sphæræ geographicæ aut similia, quæ pater filio ad promovenda ejus studia comparavit, quoniam horum sumptuum utilitas perpetua est, legem collationis non effugient, ne alias nimis magna oriatur inæqualitas, quam leges adversantur: ac proinde in dubio pater videri non debet voluisse hæc filium habere præcipua *per Nov.* 18. *c.* 6.

5. Quinetiam ad evitandam istiusmodi inæqualitatem, ubi alii quoque studiorum sumptus æquo ampliores sunt pro modo facultatum patris, collationi locum esse ex præsumpta patris voluntate censet *Tulden. ad C. hoc tit. n.* 11.

6. Adeoque pro generali axiomate a DD. traditur, toties collationi, quæ alias cessaret, locum esse, quoties citra collationem nimia oriretur inter liberos inæqualitas. *arg. l. pen. in fin. C. hoc tit. Alexand. in l. si donatione.* 13. *n.* 22. *C. eod. Dec. n.* 42. *post Bald. & alios. Horat. Luc. de privil. scholar. priv.* 27. *n.* 10. *ubi & plures laudat*: quando autem talis inæqualitas emersura sit, id judicis arbitrio committendum esse existimat cum *Curt. Jun. in l. filiæ.* 12. *circa fin. C. eod. per l. quæsitum.* 12. §. *idem respondit.* 43. *vers. sed & ipse Papinianus. ff. de instruct. vel instrum. leg. l. filiæ.* 43. *de legat.* 3. *l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.* Semper tamen necessaria alimenta, quibus filius indiguisset domi retentus, eximenda collationi, quia hactenus nihil amplius impensum in eum, quam in alios. *arg. l. alimenta.* 1. *C. de neg. gest. Perez. C. hoc tit. n.* 12. Hæc autem omnia ita, nisi de contraria voluntate patris appareat: & multum in hac etiam re apud Practicos valet arbitrium judicis. *Wesenb. cons.* 80. *n.* 14. *p.* 2.

7. Ex usu autem fori nostri, ut accepi, certa etiam horum sumptuum collatio est, nisi pater testamento aut alia testatione voluntatis suæ aliter se velle declaraverit, propter *art.* 19. *Ord. Polit.* ibi, *ofte diergelijke.* quanquam ex illis verbis hoc minime sequitur, & forte melius est, ut adhibeatur distinctio superior.

8. Quid si filius pecuniam studiorum causa sibi missam a patre in luxu aut alea dissipavit? Puto conferendam esse: quin non sunt impensæ studiorum, quæ ea non juverunt, sed impediverunt, & utique etiam patris voluntas, qui aliam ob causam misit, refragari videtur: cui etsi forte objici potuit, quod in mores filii minus diligenter, quam oportebat, inquisierit, hoc tamen neque filio prodesse debet, nec aliis nocere. *arg. l. auxilium.* 37. *in fin. de minor.* Accedit, quod ex pecunia ita profligata nec decus, nec præsidium ullum vel respub. vel coheredes expectant, atque ita deficiat causa favoris & privilegii. ita recte meo judicio *Greg. Tholos.* 46. *synt.* 8. *n.* 7. *Tulden. ubi supra, n.* 12. *post Nemaus. quæst.* 18. & *DD. ibid. citatos.*

9. Porro collationi non subjicitur lytron, quod pro redimendo ab hostibus filio pater solvit: nam justa tristissimi casus miseratio præsumptionem inducit, pietatis ratione & animo non repetendi, id esse præstitum. *arg. l. liber captus.* 17. *C. de postlim. rev. facit arg. in l.* 1. *C. de neg. gest. Gomes. ad legem Tauri.* 29. *n.* 19. *Tulden. ubi sup. n.* 12. *Perez. ad C. hoc tit. n.* 12.

10. Ne id quidem collationi subjici, quod pro filii delicto pater exsolvit, vult *Gomes. ad d. l. Tauri.* 29. *n.* 20. quasi & illud pietatis causa patrem fecisse interpretari debeamus, quod vix est, ut probare possim. Nam odium delicti nec præsumptionem pietatis admittit, ut magis ex necessitate, in qua nemo liberalis est, id a patre factum intelligi debeat, nec interpretationem honoris, quasi donare filio voluerit, idque eum præcipuum habere. *Perez. & Tulden. ubi supra. Gilken. in auth. quod locum. n.* 16. & *seqq. C. h. t. Vasq. de success. resol. lib.* 2. §. 19. *n.* 41. & *l. b.* 3. *de success. creat.* §. 30. *n.* 220. & *seqq.*

11. Non

11. Non est autem dubitandum, quin collationi obnoxia sint & ea, quæ liberis data sunt ad sustentandam familiam, ad negotiationem, aut artificium opificiumve aliquod commodius exercendum: nam talis donatio simplex non est, sed quodammodo necessitate cogente fit, quam ob causam nec revocari potest, dotique & donationi propter nuptias simillima est. De tali autem donatione accipienda sunt verba Leonis in fine *l. ut liberis.* 17. *C. hoc tit. congruit art.* 29. *Ordin. Polit.* & quidem nulla est hac de re controversia.

12. De illo vero quæsitum est, an quod pater uni ex liberis ob bene merita remunerationis gratia dedit, non propter operas obsequiales, quæ remunerationem non merentur, sed puta propter singularis cujusdam pietatis officia, aut quia filius patrem eripuerit e manibus hostium &c. collationi subjici oporteat? Et magis est, ut subjici non debeat; quoniam hoc casu filius, non ut filius, meruisse donationem videtur, sed ut quilibet extraneus. Nemo autem dixerit extraneos collationis munere fungi oportere. *fac. l.* 10. *C. hoc tit.* ibi *extero jure*, id est, jure extraneorum. Præterea quod ita pater ob insignia in se merita filium remunerando donavit, non tam peculio profectitio adscribendum videtur, quam adventitio, tanquam partum præcipua quadam industria atque opera filii. *arg. l. cum oportet.* 6. *pr. C. de bon. quæ lib.* in verb. *quæ ex liberalitate fortunæ vel laboribus suis ad eum pervenerunt.* Et quid vero? si simplex donatio conferenda non est, quanto minus conferenda erit, cui etiam causam dedit eximium aliquod filii in patrem meritum? consulantur *Nemaus. quæst.* 1. *n.* 3. *Gomes. ubi sup. n.* 23. *& ad l. Tauri.* 29. *n.* 23. *Chassan. ad consuet. Burgund. tit. de success. rubr.* 7. §. 5. *n.* 47. *& seqq. Sichard. in auth. ex testamento. n.* 15. *C. hoc tit. Greg. Tholos.* 46. *syntagm.* 8. *n.* 13. *Ant. Fab. C. suo hoc tit. defin.* 4. *Decher.* 2. *diss.* 6. *n.* 4. *Gilken. in l. si donatione.* 13. *C. hoc tit.* ubi etiam occurrit argumentis, quibus *Menoch. lib.* 3. *præsumpt.* 29. *n.* 11. in contrarium movetur: nec sunt ea tanti momenti, quin vel ab eo, qui mediocriter duntaxat in hac materia versatus sit, refelli queant.

13. Non recte autem collationi eximunt nonnulli, quod uni liberorum donatum est ad conciliandum alicujus personæ nobilioris matrimonium, sine quo alias id obtineri non potuisset. Nam cum id a conditione dotis aut donationis propter nuptias separari non debeat, utique etiam collationi subjiciendum est, *arg. l. ut liberis.* 17. *C. hoc tit. D. Tulden. ibid. n.* 9. *Vall. cons.* 44. & 70. *lib.* 4. Recedit ab hac sententia *Fachinæus lib.* 5. *contr.* 82. *cum Cravett. cons.* 85. *Jo. Pet. Surd. cons.* 143. sed parum considerate meo quidem judicio. Nemo enim mortalium negare ausit, quin hujusmodi donatio quam simillima sit doti & donationi propter nuptias, & tantum non idem, quod illæ. Contendit Fachinæus ideo conferendam non esse, quia non descendit ex necessitate obligationis, sicut dos & donatio propter nuptias. Atqui multa liberis ob aliam causam donari solent citra donandi necessitatem, quæ nihilominus sunt conferenda: qualia sunt, quæ iis dantur, ut negotiationem, aut opificium aliquod commodius exercere queant: sufficit enim ad onus collationis, non simpliciter, sed ob causam donata esse. Quid quod nec dotis datio, nec donatio propter nuptias semper adjunctam habent dandi necessitatem: nam nec pater filiam locupletem aut emancipatam, *per l.* 5. §. *sed si fil.* 7. *ff. de agnosc. lib. l.* 5. §. *Papinianus.* 12. *l. si res.* 51. *ff. de jur. dot.* nec mater aut avus maternus liberos dotare coguntur. *l. neque mater.* 14. *C. eod.* & tamen si pro his dotem dederint, nemo dubitat, quin dos hoc casu conferenda sit. Denique & hæc quo-

que donatio ex neceſſitate aliqua proficiſcitur, non quidem abſoluta & præciſa, ſed ea tamen, quam Dialectici appellant neceſſitatem conſequentiæ, *Cicero lib. 2. de invent.* neceſſitatem cum adjectione.

14. Si quid a patre datum vel promiſſum ſit filio honoris vel dignitatis alicujus adipiſcendæ gratia, id æquum eſt filium habere præcipuum, nec in collationem venire, ſcilicet propter onera dignitati cohærentia, quæ ipſe filius ſuſtinere cogitur. *l. 1. §. ſed an id. 16. ff. hoc tit. & ibi Gloſſ. & Bart. Cujac. 3. obſ. 30. fac. l. filia. 20. §. idem ſcribit. 6. ff. fam. erciſc. l. ex parte. 39. §. 3. eod. l. Lucius. 21. §. 3. ad municip.* Græci οὐ συνεισφέρουσι τοῖς ἀδελφοῖς οἱ ἀξιωματικοί.

15. Quo argumento etiam recte defenditur nec ſumptus, quos pater fecit in promotione filii ad gradum Doctoratus aut Licentiæ, conferendos eſſe: quia & hæc dignitas adjunctum onus habet, nec quicquam inde commodi ad ſucceſſores filio mortuo tranſmittitur: & præterea annulus, toga, & ſi quid ſimile filio datum, id inſtar eſt caſtrenſis peculii: de quo uberius ſupra c. 10. Non eſt contrarium, ſed longe diverſum, quod Juſtinianus *l. pen. pr. C. hoc tit.* etiam ea conferri jubet & in quartam imputari, quæ occaſione militiæ, ex pecunia defuncti patris comparatæ, lucratus eſt is, qui militiam meruit. Nam ſeparanda hic eſt militia a dignitate.

16. Militia apud Juſtinianum & paſſim apud noſtros ſignificat functionem quandam ordinarios & certos reditus e publico habentem, ex qua lucrum quæſitum nec caſtrenſis, nec quaſi caſtrenſis peculii loco eſt: cujuſmodi functio eorum fuit, qui a memoria, a libellis, ab epiſtolis erant, & reliquorum officialium ſacrorum ſcriniorum. *l. ſi quis. 11. C. de proxim. ſacr. ſcrin. lib. 12.* Qui uno verbo appellantur ſtatuti, quia eorum numerus certus ſtatutus erat in unoquoque genere militiæ, ut patet ex *l. unicuique. 7. & d. l. 11. C. de prox. ſacr. ſcrin.* Atque hujuſmodi officia etiam vendi pleraque poterant, mortuoque militante, ex communi ſcholæ placito, certam ſummam heredibus ejus aut uxori, pro ſolatio militiæ amiſſæ præſtabat is, qui ſurrogabatur. *l. ult. C. de pign. l. omnimodo. 30. §. 2. C. de inoff. teſt. d. l. 7. & d. l. 11. C. de prox. ſacr. ſcrin.* quod commodum caſus militiæ & ſimpliciter ex caſu appellatur. *d. l. ult. C. de pign. Nov. 53. c. 5.*

17. Hoc igitur vult Juſtinianus *d. l. pen. C. hoc tit.* conferendum eſſe lucrum, quod ex hujuſmodi militia vendibili & propter caſum quodammodo tranſmiſſibili, uni heredum ex pecuniis defuncti acquiſita, tempore mortis defuncti percipi potuit, deductis videlicet impenſis, ut bene *Alex. & Jaſ. fac. d. l. omnimodo. 30. §. 2. C. de inoff. teſt.*

18. Scripſit de militiis ex caſu Lælius Taurellus, ſed ſententia ejus, quod credidit eſſe aliquas militias ex caſu, *arg. d. l. ult. C. de pign.* merito diſplicet Cujacio ad *d. Nov. 53.* Nulla enim eſt militia ex caſu: neque de militia in *d. l. ult.* agitur, ſed de iis, quæ dantur ex caſu ſive propter caſum militiæ, id eſt, ex eo, quod militia caduca facta eſt morte militantis, ſeu, ut loquitur Anaſtaſius in *d. l. 11. C. de proxim. ſacr. ſcrin.* ex eo, quod militantis morte militia vacavit: qui caſus recte dicitur, quemadmodum deficiente herede aut legatario, hereditates & legata caduca appellamus. Res ipſa loquitur non poſſideri militiam ex caſu, niſi ideo, quia ex caſu obtineatur, nempe vel morte alterius, vel emptione. Hoc autem ſenſu omnes militiæ ex caſu dici poſſunt, atque adeo omnia jura rerum noſtrarum.

19. Quidam inter quos & *Gilken. in auth. ex teſtamento. C. hoc tit. n. 61.* putaverunt militiæ nomine ſignificari commoda & ſalaria, quæ percipiuntur ex publico: ſed falſo:

falso: nam ipsa functio, propter quam commoda illa capiuntur, appellatur militia, ut patet ex *l. Lucius. 22. de legat. 2. l. his verbis. ult. alias pen. §. 3. de legat. 3. l. creditor. §. 2. ff. de act. empt. l. omnimodo. 30. §. ult. C. de inoff. test. cum similib.* Sed hæc obiter & tanquam ἐν παρέργῳ.

20. Sufficit autem ad collationis necessitatem, rem, quæ data est, aut vendi posse, aut ad heredes transmitti. Itaque conferendum erit lucrum militiæ, a patre uni ex liberis emptæ, dummodo vendi possit, licet ad heredes non transiret. Et ex contrario conferenda est res a patre empta, modo ad heredem transeat, licet vendi nequeat, quale est feudum; cujus proinde æstimatio conferri debebit, per *text. in l. omnimodo.* 30. §. 2. *C. de inoff. test. Nemaus. quæst.* 28. *Costal. ad l. quæ pater.* 50. *ff. fam. erc. post Bart. ad l.* 1. §. *nec castrense. n.* 6. *ff. hoc tit. Menoch. cons.* 919. *Tulden. in C. hoc tit. n.* 12.

CAP. XIV.

De collatione lucri, quod filii industria partum, licet ex re patris; item eorum, quæ relicta per speciem ultimæ voluntatis.

SUMMARIUM.

1. *Lucri industria filii parti, quamvis ex re patris, dimidium communicandum, reliquum assignandum filio.*
2. *Confirmatio hujus sententiæ adversus eos, qui totum conferri volunt.*
3. *Adversus eos, qui totum tribuunt filio.*
4. *Ea sola in collationem veniunt, quæ tempore mortis parentum jam quæsita sunt conferenti.*
5. *Legata, fideicommissa, & mortis causa donationes non subjici collationi.*
6. *Sententia l. pen. pr. C. hoc tit.*
7. *An legatum filio relictum cum pater morietur, contributioni obnoxium.*

DE iis, quæ filius labore suo atque industria lucratus est, non convenit inter juris interpretes, conferri hæc oporteat, nec ne. Negat simpliciter *Nemaus. quæst.* 27. & ab eo laudati *Imol. & Alexand.* contra *Ant. Faber dec.* 41. *err. cum Gloss. in l. cum oportet.* 6. *pr. C. de bon. quæ lib.* simpliciter affirmat.

1. Bartolus autem in *d. l.* 6. mediam sententiam sequitur, dimidium lucri filio assignans, tanquam adventitium quid, alterum dimidium communicandum relinquens heredibus: cui sententiæ etiam subscribit *Gilken. ad l. pen. n.* 10. *& seqq. C. hoc tit. post Angel. Roman. Castr. & alios, quos ibid. refert & probat*; placetque eadem sententia *Bachovio ad Treutl. disp. de collat. thes.* 6. *Fachin.* 5. *contr.* 83. *Vasq. lib.* 2. *de success. resol.* §. 19. *n.* 46. *Grass. lib.* 2. *rec. sent. quæst.* 8. *Chassan. ad consuet. Burgund. tit. des success. rubr.* 7. §. 5. *n.* 52. & rationem habet. Etenim consideratio proportionis, quæ esse debet inter pecuniam & operam (utriusque enim ratio habenda est) postulat omnino, ut nec totum filio tribuatur, quod ex pecunia patris lucrum factum est, & pater ipse facere potuisset; nec totum patri, qui nullam operam contulit, *arg. l.* 6. *pr. C. de bon. quæ lib.* ubi pro adventitio habetur, quod filius suis laboribus acquisivit: quod minus commode restrinxeris ad talem casum, quo nulla pecunia patris intervenit.

2. Quod vero ibidem ait Justinianus profectitium esse, quicquid ex re & substantia pa-

patris provenit, id intelligendum omnino eſt de rebus ipſis, quas pater dedit, vel quæ recta & quaſi immediate ex iis proveniunt. Argumentatio autem Fabri a fructuario & proprietario, item a domino & bonæ fidei poſſeſſore ſervi ad patrem & filium non procedit: alioquin etiam quicquid filius ex laboribus ſuis, licet non interveniente pecunia patris, acquireret, id totum acquireret patri, contra *d. l. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* quod & *Bald.* jam olim in *ead. l.* animadvertit. Denique nec ponimus jus ſocietatis inter patrem & filium, ſed ἀναλογόντι, propter operam & induſtriam filii: nec intelligimus operam qualem qualem, aut ſimplex filii factum, veluti ſi pecuniam patris fœnore locaverit, quod etiam ipſe pater veroſimiliter facturus fuiſſet; ſed operam certam, & talem, quæ lucrum illud quaſi ex ſe producat & pariat. Sunt qui totam hanc rem judicis arbitrio committendam exiſtimant, ut *Bald. in d. l. cum oportet. Alex. in d. l. pen. n.* 10. quæ ſententia vi ipſa eadem eſt cum ſuperiore. *add.* ſpecies, de quibus *Joan. a Sande. deciſ. Friſic.* 2. *tit.* 7. *defin.* 3.

3. Porro prima ſententia etiam minus coloris habet: & inepte quidam ita diſſerunt; Rationis eſt, ut ejus quoque ſit lucrum, cujus eſt periculum: at ſi filius, cui pater negotiationis exercendæ gratia peculium dedit, rem patris decoxerit, dolove malo perdiderit, ejus eſt periculum & conferre tenetur. *l.* 1. §. *pen. l.* 2 §. 2. *ff. hoc tit.* Nam aliud eſt decoquere, aliud periculum ſuſtinere: & diſputamus hic de filio negotiante, non de rem patris per luxum diſſipante. Si negotium bona fide ſuſceptum ex voto non ſucceſſerit, aut ſi quid ſine culpa filii perierit, id detrimentum ad filium pertinere nemo, opinor, dixerit.

4. Ea autem ſola in collationem veniunt quæ tempore mortis ejus de cujus ſucceſſione agitur, jam quæſita ſunt conferenti: in poſt quæſitis ratio collationis tam novo, quam veteri jure ceſſat. *l.* 1. §. *ſi ab ipſo.* 19. *d. l.* 2. §. 2. *l. pen. cum Gloſſ. ff. hoc tit. l.* 6. *l. ſi donatione.* 13. & *l. nec emancipati.* 15. *C. eod.* interpres Græcus, οἱ αὐτεξούσιοι παῖδες ἐκεῖνα συνεισφέρουσι τοῖς ἀδελφοῖς, ὅσα εἶχον ἐν καιρῷ τῆς τελευτῆς τοῦ ἰδίου πατρός. εἰ τι δὲ μετὰ ταῦτα ἐπεκτήσαντο, οὐ συνεισφέρουσι. id eſt, *ea demum emancipati filii fratribus ſuis conferunt, quæ eo tempore habebant, quo pater fato conceſſit. Si quid vero poſtea quæſierint, id nequaquam conferunt.*

5. Et igitur collationi ſubjecta non erunt legata & fideicommiſſa a patre relicta, quoniam demum poſt ejus mortem acquiruntur. *l. a patre.* 10. *l. filiæ.* 12. *l. filiam.* 16. *C. hoc tit. Gloſſ. Cyn. Bart. Caſtr. in l. pen. C. eod.* & alii ibid. relati & probati a *Gilken. Perez. ad C. hoc tit. n.* 14. Ac proinde ob eandem rationem nec donatio mortis cauſa conferri debebit. *Nemauſ. quæſt. c.* 6. Cæterum negotium faceſſit *l. pen. C. hoc tit.* ubi Juſtinianus generaliter definit, ea conferenda eſſe, quæ imputantur in legitimam. Atqui conſtat legata & fideicommiſſa, item mortis cauſa donationes in legitimam imputari. *l. ſi quando.* 35. §. 2. *C. de inoff. teſt. l. ſi non mortis.* 25. *pr. ff. eod.* §. 3. & *ult. Inſt. eod.*

6 Reſpondendum eſt, non eam fuiſſe mentem Juſtiniani, ut ea etiam, quæ poſt obitum parentis demum acquiruntur, qualia ſunt legata, fideicommiſſa & mortis cauſa donationes, conferri voluerit contra formam conſtitutionum priorum, quamvis & ipſa ſubjiciantur imputationi, ſed ea omnia, quorum commodum vivis parentibus ex ſubſtantia eorum ad liberos pervenit, ita ut condito teſtamento ad illud ſuſtinendum imputarentur in legitimam: qualia ſunt dos & donatio propter nuptias. *l. quoniam* 29. *C. de inoff. teſt.* res inter vivos donatæ ea lege, ut in quartam imputentur. *d. l. ſi non* mor-

mortis. 25. *pr. ff. eod. d. l. si quando.* 35. §. 2. *C. eod. l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.* quæ dari solent liberis, ut se exhibeant, & familiam sustentent, negotiationem exerceant &c. per *l. ut liberis. in fin. C. hoc tit.* lucrum, quod occasione militiæ ex defuncti pecuniis quæsitæ ad unum ex liberis pervenire potuit, quo tempore parens moritur. *l. omnimodo.* 30. §. 2. *C. de inoff. test. d. l. pen. pr. hoc tit.* & si qua sunt similia, quorum commodum liberis vivo adhuc patre quæritur Denique de legatis, quæ testamento relinquuntur, conferendis, Justinianum non sensisse, vel ex eo intelligi potest, quia loquitur de successione ab intestato.

7. Cum igitur ea sola conferenda sint, quæ moriente patre conferens in bonis habuit, non quæ demum post mortem patris ei obvenerunt quæsitum est, si quis emancipato filio extranei ita legaverit, *cum morietur pater*, quid de specie hujusmodi dicendum sit. Et siquidem hoc legatum sic interpretari oporteret, ac si post mortem patris relictum esset, haud dubie in collationem non veniret. *l. pen. ff. hoc tit. l.* 15. *C. eod.* sed quoniam placuit moriendi momentum vitæ attribui, propterea credo quod viventes morimur, & mors si non semel tota est, non est. §. *post mortem.* 35. *Inst. de legat.* ideo legatum in tempus mortis paternæ collatum, non post mortem patris demum, sed moriente patre manenteque adhuc vita filium habuisse interpretamur: ac proinde recte responsum ab Ulpiano est, legatum ad eum modum relictum conferri debere. *l.* 1. §. *si emancipato.* 18. *ff. hoc tit.* Quid igitur est, quod idem jurisconsultus in *d. l.* 1. §. *si ab ipso.* 19. scribit, patre herede instituto & ab eo fideicommisso relicto filio emancipato, cum ipse pater morietur, id fideicommissum, quasi post mortem patris acceptum, a filio non conferri? Respondeo cum Cujacio id referendum esse ad jus antiquum fideicommissorum, quæ cum valerent ex mera nudaque voluntate defuncti, & utiliter post mortem quoque heredis relinquerentur. *Ulpian. fragm. de fideic.* §. 6. *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. in eis servatam non fuisse subtilem illam verborum differentiam; atque illa verba, *cum morietur heres*, sic accepta, ac si apertissime post mortem heredis fideicommissum relictum fuisset. *Cujac.* 3. *obs.* 34. *fac. l.* 11. §. *si filio.* 10. *de legat.* 3.

CAPUT XV.

De collatione simplicis donationis.

SUMMARIUM.

1. *Donatio simplex regulariter non confertur.*
2. *Duobus duntaxat casibus donationem simplicem conferri, & quibus.*
3. *Non confertur facta filio in potestate constituto.*
4. *Donatio simplex facta filio in potestate & veteri jure & novo morte patris convalescit.*
5. *Novo jure sic convalescit, ut etiam retrotrahatur.*
6. *Objectiones quædam hominum male feriatorum.*
7. *Harum objectionum solutio.*
8. *Explicatio l.* 13. C. *hoc tit. missa emendatione Fabri & Fachinæi. & n.* 9.
10. *Verbo donationis in persona patris interdum significari dationem in peculium, atque hoc in dubio præsumi, nisi alio trahant conjecturæ.*

11. *Filium emancipatum non conferre donationem ſimplicem a patre acceptam fratri itidem emancipato.*
12. *Argumenta quibus ſtabilitur ſententia eorum, qui donationem ſimplicem conferri volunt fratri in poteſtate retento.*
13. *Aſſeritur ſententia contraria, conferendum ſc. non eſſe.*
14. *Solutio ſuperiorum argumentorum.*
15. *Concluditur generaliter, donationem ſimplicem a nemine liberorum nemini e liberis conferri duobus caſibus exceptis.*
16. *Apud Zelandos, Burgundiones, & in pleraque Gallia etiam donationis ſimplicis a liberis fieri collationem.*

NIHIL minus expeditum in hac diſputatione eſt, quam quid dicendum ſit de collatione donationis ſimplicis, an & ipſa & quando in collationem veniat.

1. Ego ſic ſentio, donationem ſimplicem in liberos a parentibus factam in diviſione hereditatis paternæ regulariter non conferri, ſed præcipuam ſive propriam retineri ab eo, cui facta eſt; dummodo conſtet patrem, qui filio in poteſtate quid tradidit, id ei non in peculium conceſſiſſe, ſed ſimpliciter donare voluiſſe.

2. Hujus autem rei luculentum argumentum eſt in *l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.* ubi Juſtinianus duos tantum caſus excipit, quibus placet donationem etiam ſimplicem conferri. 1. ſi donator hanc legem tempore donationis ſuæ liberalitati dixerit. 2. ſi alter e liberis donationem propter nuptias vel dotem teneatur conferre; propterea quod tunc parens præſumitur compenſationis cujuſdam vice, ut par eſſet liberorum cauſa, in filium filiamve, qui donationem propter nuptias vel dotem non accepit, donationem ſimplicem contuliſſe. His itaque caſibus, qui ſingulares ſunt, exceptis, donatio ſimplex non conferetur. Et admittunt hoc plerique, ſi donatio facta ſit a matre avove materno; ſed dubitant, an idem ſit dicendum, ſi ea facta ſit a patre filio, ſive in poteſtate conſtituto, ſive emancipato; quoniam priore caſu donatio non valet propter jus poteſtatis; poſteriore autem caſu conferenda videtur, per *l. ut liberis.* 17. *in fin. C. hoc tit. l.* 1. *ff. eod.* At illi animadvertere debuerant, textum *in d. l. pen.* §. 1. indiſtincte loqui, & initio *d.* §. 1. expreſſim mentionem fieri dotis vel donationis propter nuptias a patre, matre, vel aliis parentibus acceptæ.

3. Sed operæ eſt, rem totam paulo diligentius excutere. Conſtat ex *l.* 2. *C. de inoff. donat.* quæ Valeriani & Gallieni eſt, jure quoque veteri donatum a patre etiam liberis in poteſtate exiſtentibus, præcipuum officio arbitri familiæ erciſcundæ liberis adjudicatum fuiſſe, nec in communem veniſſe hereditatem: quod & ipſum quoque Impp. Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt *l. filiæ.* 18. *C. fam. erciſc.* & confirmat locus Pauli *lib.* 5. *ſent.* 11. ubi ſcribit, ſi pater filiofam. aliquid donaverit, & in ea voluntate perſeveraverit, morte patris convaleſcere donationem. Hoc autem poſito neceſſario ſequitur, donationem ſimplicem nec filio in poteſtate conſtituto factam conferri oportere: quoniam quod præcipuum retinetur, id utique ad communionem non revocatur, id eſt, non confertur: cur enim ita cum poſteriori ævo non loquamur, contempto cenſorio Antonii Fabri *dec.* 40. ſupercilio?

4. Quod vero vivo patre inutilis ſit donatio, ex eo non recte colligas, conferendam eſſe, ſed potius contrarium, quia poſt mortem patris utilis eſſe incipit; nam & olim morte

morte patris sic convalescebat, ut arbitrio judicis familiæ erciscundæ præcipua adjudicaretur iis, quibus facta erat, & hodie etiam sine tali adminiculo convalescit rataque habetur solo patris silentio. *l.donationes.* 25. *C. de donat. int. vir. & ux.* Absurdissimum autem est dicere, donationem post mortem patris convalescere ratamque haberi, & tamen conferendam esse: quod vi ipsa nihil aliud est, quam si dicas eodem tempore & ratam haberi & irritam.

5. Quamvis autem donatio simplex morte patris ita nunc confirmetur, ut retrotrahatur ad id tempus, quo facta est; tamen quia non confirmatur nisi morte, in eo naturam adhuc retinet ultimarum voluntatum, quarum hoc proprium est, ut non veniant in collationem: sed & ratio, quæ collationem impedit, adhuc durat, nimirum voluntas patris volentis id, quod donavit, filium habere jure præcipui. *Ant. Fab. dec.* 40. *err.* 3. *Perez. C. hoc tit. n.* 17.

6. Sed nonnulli sic instant: Quæ imputantur in quartam, eadem & conferuntur. *l. pen. pr. C. hoc tit.* Atqui donatio simplex a patre facta filiofam. imputatur &c. Rationem assumptionis hanc afferunt, quia hæc donatio in liberis habenda sit pro donatione mortis causa: quæ autem donatio pro mortis causa donatione est, ea in quartam imputatur, veluti donatio inter virum & uxorem. *arg. l. cum hic status.* 22. §. 1. *ff. de don. int. vir. & ux. junct. l. ubi ita.* 27. *ff. de mort. ca. donat.* Donationis autem factæ liberis in potestate, & illius inter virum & uxorem eadem plane videtur esse ratio, maxime post *d. l.* 25. *C. de don. int. vir. & ux.*

7. Respondeo, tot hic sunt peccata, quot propositiones & assumptiones. Nam primum illa principalis propositio, *Quæ imputantur in quartam &c.* non est universalis, ut ostendi *cap. præced.* exemplo legatorum & fideicommissorum, quæ in quartam imputantur, nec tamen conferuntur. Secundo falsa est illa assumptio, quod donatio simplex liberis imputetur in quartam. *l. si non mortis.* 25. *ff. de inoff. test. l. si quando.* 35. §. 1. & 2. *C. eod.* Tertio falsa est & ratio assumptionis, quod hæc donatio ratione imputationis pro donatione mortis causa sit habenda. Quin & posito eo, quod hac in re cum donatione mortis gratia comparanda sit, vel ex hoc solo efficitur, non esse conferendam: quoniam mortis causa donatio, licet & ipsa in quartam imputetur, in collationem tamen non venit, ut item ex iis, quæ *cap. præc.* liquet. Postremo & utrumque illud falsum est, quod hæc donatio plane similis sit donationi inter virum & uxorem; & quod donatio inter conjuges simpliciter comparanda sit cum donatione mortis causa. Sed piget hujusmodi ineptiarum.

8. Illud aliquid momenti in contrarium habet, quod scriptum est in *l. si donatione.* 13 *C. hoc tit.* filiafam. contra jura postulare, ut fundum sibi a patre donatum præcipuum habeat. Ad hunc obicem removendum Fachinæus 5. *contr.* 80. utitur remedio violento, pro, *si is filiæfamilias constitutæ tibi*, ut habent omnes codices in *d. l.* 13. reponens, *filiæfam. non constitutæ.* Sed præterquam quod veteres nunquam hac circumlocutione utuntur, ut dicant, *filiusfam. non constitutus*, pro *emancipatus*, etiam illa phrasis, *præcipuum habere*, quæ de liberis in potestate existentibus fere usurpari solet, istam emendationem respuit. Sed & ea admissa etiã hoc admittendum, donationem simplicem a liberis emancipatis conferri oportere: quod etiam Fachinæus tanquam verum & certum ponit; sed falsum esse paulo post demonstratum ibimus. Antonius Faber *d. dec.* 40. *err.* 1. ut hunc scopulum evitet, aliter textum *d. l.* 13. corrigendum putat, & pro

verbis, *a patre donatus*, vult substitui, *a matre:* aut illud, *a patre*, deleri jubet, tanquam mali interpretis notam.

9. Sed videamus, an non commoda aliqua conciliatio afferri possit citra emendatrices manus. Quid enim si cum *Duar. ad C. hoc tit. c. 2. Perez. n. 17. Alber. de Rosat. in d. l. 13. n. 1.* & aliis quibusdam veterum, dicamus interesse, utrum pater eo animo quid filio donaverit, ut id totum filii proprium esset, atque in ea voluntate perseveraverit; an vero non ut ejus fiat proprium, sed ut sit apud filium, tanquam res peculiaris, & quasi peculii loco: ac priori casu quod donatum est, non conferri, secundum *l. 18. C. fam. erc. l. 2. C. de inoff. donat.* posteriori casu conferri, sive quod effectu idem est, in divisionem hereditatis venire: ac de tali casu *d. l. 13. C. hoc tit.* intelligendam esse? Equidem mihi hæc conciliatio minime inepta videtur: quamvis enim in *d. l. 13.* nulla fiat hujus distinctionis mentio, tamen non est novum, ut ex una lege alteram interpretemur, maxime cum utraque eundem auctorem habet, ut *d. l. 18. & d. l. 13.* quæ utraque eorundem est Impp. Diocletiani & Maximiani. Estque æquissima hujus distinctionis ratio, quoniam in donationibus hujusmodi spectanda maxime est voluntas patris, volueritne quod donatum est ad communionem revocari, an præcipuum haberi, id est, conferri, aut non conferri. Quod igitur in peculium filio datum est, id conferendum erit; quia non eo animo datum est, ut id filius præciperet: secus si donata filio proprietas, ob contrariam voluntatem.

10. Movere neminem debet, quod in *d. l. 13.* proponitur simpliciter, fundum a patre donatum esse, nulla mentione facta peculii: nam apud nostros non est inusitata etiam simplex verbi *donare* usurpatio, pro *in peculium dare:* ita enim donandi verbum usurpatur in *l. donationes. 31. §. 1. & 2. de donat. l. per servum. 37. §. 1. l. quod fructuario. 49. de acq. rer. dom.* Accedit, quod jus patris impediens, quo minus donatio ab initio consistat, præsumptionem inducit potius concessionem quandam in peculium factam esse, quam simplicem donationem, utique nisi ex conjecturis & circumstantiis appareat, voluisse patrem, quod dedit, filii proprium esse: veluti in specie *l. filiæ. 18. C. fam. erc.* ubi proponitur pater nomine filiæ rem comparasse, eique postea tradidisse, quod non fecisset, nisi eam rem penes filiam remanere voluisset. Neque enim hæc facta per omnia sunt paria, rem, quam jam habes, filio tradere aut dare; & rem aliquam, quam non habes, nomine filii prius emere, emptamque deinde donationis causa tradere, ubi duplex factum intervenit, ex quo enixior simpliciter donandi voluntas colligitur. Atque ut concedam *Cujacio 3. obs. 30. Fabro d. dec. 40. err. 1.* nihil inter ista interesse in aliis personis; in patre tamen & filio distinctio hæc momentum habet, ubi alias datio in peculium præsumi posset. *fac. l. 2. & 3. C. si quis alt. vel sib.* fortassis in hujusmodi negotio & rei qualitas, seu valor & æstimatio consideranda, ut in modica præsumatur donatio, in magna potius in peculium concessio, veluti in specie *d. l. 13.* ubi de fundo agitur: quod consideravit *Salic. in d. l. 18. C. fam. erc. n. 12.* Atque hæc sententia, quod nec filii sui heredes donationem simplicem conferre teneantur, etiam interpretum nostrorum communis est. *Nemaus. quæst. 1. Saport. n. 93. & seqq. Vasq. 2. de success. resol. §. 19. n. 60. Sichard. auth. ex testamento. n. 5. & seq. ad C. hoc tit. Gilken. ibid. n. 8. & seq.* & hoc vi ipsa etiam fatetur *Ant. Fab. dec. 40. error. 1. & pass.* dum quod ita simpliciter filiof. a patre donatum est, ait in divisione hereditatis præcipuum filio adjudicari, licet neget conferri, propriam hujus verbi significationem præfracte urgens.

11. Non

11. Non minor quæstio est, an conferenda sit donatio simplex facta filio emancipato: non tamen tam, an a fratre emancipato, cui facta est, conferenda sit fratri, itidem emancipato, quod fere omnes negant; & vix de eo justa est dubitandi causa, sive de jure veteri quæratur, quo inter emancipatos collatio non erat. *l. 9. C. hoc tit.* sive de novo, propter *l. pen.* §. 1. *C. eod.* sed an conferenda sit fratri in potestate patria retento, quod plerique affirmant, *Alber. de Rosat. in auth. ex testam. n. 2. C. h. t. Nemaus. quæst. 1. n. 4. Saport. 102. Fachin. 5. contr. 80. Gilken. ad l. pen. C. hoc tit. n. 28.* plurésque alii ab his citati. *Ant. Fab. dec. 40. err. 2.*

12. Firmamenta hujus sententiæ præcipua, quæ afferunt, sunt hæc. 1. Quod olim emancipati fratribus suis in potestate retentis omnia conferebant, *l. 1. ff. hoc tit.* neque hoc mutatum legimus. 2. Argumentum ducunt ex *l. ut liberis. 17. in fin. C. eod.* ubi liberis emancipatis pro tenore præcedentium legum injungitur collatio eorum, quæ in ipsa emancipatione vel postea a parentibus suis consequuntur: quæ definitio cum generalis sit, utique etiam simplicem donationem complectatur. 3. Proferunt *Nov. 18. c. 6.* ubi Justinianus vult servari inter liberos æqualitatem, urgentque simul illa Imperatoris verba, *res præter dotem forte, aut alio modo datas*, quasi his etiam significetur donatio simplex.

13. Cæterum contraria sententia dicentium ne ab emancipato quidem exigendum, ut donationem simplicem conferat fratribus suis heredibus, quæ & Vasquio *ubi supra n. 25.* & quibusdam aliis placet, probabilior mihi videtur. Etenim nihil est, quod magis repugnet voluntati simpliciter & absolute donantis, quam ut, quod ita donat, subjiciatur collationi: nisi forte ipse hanc legem liberalitati suæ dixerit. *l. pen.* §. 1. *C. hoc tit. arg. l. si non mortis. 25. ff. de inoff. test.* Atque hanc ob causam etiam jure veteri, quo emancipati suis omnia alia conferebant, non tamen conferebant simplicem donationem, quam a patre acceperant, propterea quod, ut dixi, nihil tam alienum est a voluntate inducendæ collationis, quam absolute donare: ad impediendam autem collationem sufficiebat vel tacita patris voluntas. *l. filiæ. 18. C. fam. erc. l. ex parte. 39. §. 1. ff. eod.* Itaque nec illud hic dici poterat, emancipatos suis inferre injuriam. Hoc autem, quod dico, ita se habere patet ex *l. 2. C. de inoff. donat.* Agitur illic de patre, qui omne suum patrimonium effusa liberalitate in unum ex filiis contulerat, & respondetur, siquidem is filius in potestate fuit, arbitri familiæ erciscundæ officio congruere, ut sorori ejus filiæ defuncti quartam partem debitæ ab intestato portionis præstet incolumem: si vero fuerit emancipatus, tunc filiæ succurrendum esse querela inofficiosæ donationis, per quam donatio tanquam inofficiosa, quatenus modum legitimum excedit revocetur. Ex quo manifestum est neutro horum casuum donationem simplicem subjici oneri collationis, quoniam utroque nihil ultra portionem legitimam ex bonis paternis filia consequitur: *l. 5. l. 7. l. 8. C. d. tit.* cum alias si frater collatione fungeretur, integrum semissem totius hereditatis paternæ auferret. Ad hæc cum id, quod de donatione simplici non conferenda, nisi duobus casibus, constituit Justinianus in *l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.* ad donationem a quocunque parente sine distinctione potestatis aut sexus ad liberos quoscunque profectam pertineat, ut patet ex *pr. d.* §. 1. quo colore excipiemus emancipatos in successione concurrentes cum iis, qui in potestate manserunt?

14. Ex his, quæ diximus, ſimul apparet, quid reſpondendum ſit ad primum contrariæ ſententiæ argumentum, nimirum abſolute verum non eſſe, quod aſſerunt; ſed ſemper exceptam fuiſſe ſimplicem donationem, idque ex tacita voluntate donantis. *per l. ex parte.* 39. §. 1. *ff. fam. erc. junct. l. filiæ.* 18. *C. eod. l.* 2. *C. de inoff. don. l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.* Ad ſecundum reſpondeo, clauſulam illam in fine *l. ut liberis.* 17. *C. eod. emancipatis videlicet liberis pro tenore præcedentium legum, ea, quæ in ipſa emancipatione &c. acquiſierint, collaturis*, ideo a Leone adjectam eſſe, ne quis putaret ſolam ſe dotem & donationem propter nuptias ab emancipatis conferri velle; alia autem aliam ob cauſam a parente, de cujus bonis dividendis agitur, accepta, quæ ſecundum tenorem præcedentium legum & ipſa ab emancipatis conferenda erant, ab onere collationis eximere. At vero quæ ita a patre accipiunt liberi emancipati, ea non accipiunt aut habent jure ſimplicis donationis, ſed ut data ob cauſam, ut ſcilicet ſe exhibere, familiam, quam inſtituunt, ſuſtentare queant. Emancipatorum autem ideo duntaxat mentio fit, quia in eos, qui in poteſtate manebant, hujuſmodi donationes conferri non ſolent; quippe cum horum exhibitio ad curam patris pertineat: quod etiam non obſcure indicant hæc verba conſtitutionis, *ut adſolet fieri.* De ſimili quoque donatione accipienda eſt *l.* 1. *C. hoc tit.* ne alias quis ex ſenſu contrario argumentando putet donationem ſimplicem teſtamento non facto ab emancipatis conferendam fuiſſe: quanquam nec argumentum a contrario ſenſu petitum, præſertim ex reſcriptis Imperatorum, ſemper procedit. Tertii argumenti, ex *Nov.* 18. *c.* 6. ſumpti, ſi vis ulla eſſe debeat, in univerſum concludi oporteret, ſimplicem donationem a quibuſvis liberis, & quibuſvis liberis ſine ulla diſtinctione conferendam eſſe, niſi expreſſim fuerit remiſſa collatio: nam illa conſtitutio ad omnes liberos ex æquo pertinet, ut in confeſſo eſt: nec illud minus in confeſſo eſt, non omnes liberos adſtringi neceſſitate conferendi ſimplicem donationem. Vult quidem Juſtinianus æqualitatem inter omnes liberos ſervari: cæterum excipiendum eſt, niſi parens ipſe unum ex liberis velit aliquid habere præcipuum & ut proprium, veluti ſi cui quid ſimpliciter donaverit. Illa autem, verba, *d. Nov.* τὰ καὶ προῖκα τυχὸν ἢ κατ' ἕτερον τρόπον διδόμενα, *quæ dotis cauſa forte, aut alio modo dantur*, non includunt donationem ſimplicem, ſed intelligenda ſunt de donatione propter nuptias, aut ob aliam ſimilem cauſam facta, tanquam ex aliqua neceſſitate, ut in ſpecie *l. ut liberis.* 17. *in fin. C. hoc tit.* Denique etſi concederemus emancipatos jure antiquo etiam ſimplicem donationem contuliſſe; ex novi tamen juris ratione, quod ſolam ſpectat æqualitatis inter liberos conſervationem, aliud dicendum foret: quippe cum non minus emancipati ſint liberi, quam in poteſtate retenti, cum quibus nunc etiam jure civili ſuccedunt: ac proinde ſi hic emancipatos munus collationis ſuſtinere volumus, æqualitatis ratio ſuadet, ut nec ſui præcipiant, quod ipſis a patre donatum eſt: aut ſi hoc iis concedimus; nec emancipati tali collatione onerandi erunt.

15. Ut igitur tandem concludamus, ſic generaliter definimus, ſimplicem atque abſolutam donationem, a quocunque parente facta ſit cuicunque e liberis, a nemine liberorum nemini e liberis conferri, extra duos illos caſus, quos ſupra memoravimus, ſcilicet ſi aut hæc lex donationi dicta ſit, ut conferretur, aut neceſſitas æqualitatis inducendæ locum faciat collationi juxta *l. pen.* §. 1. *C. eod.* Atque hæc etiam *Nicolai de Materell.* multorumque aliorum veterum ſententia fuit, teſtibus *Baldo in*

auth.

auth. ex testamento. C. hoc tit. n. 2. & *Nemaus. quæst.* 1. *n.* 5. eamque probant *Vasquius lib.* 2. *de success. resol.* §. 19. *n.* 25. *Socin. jun. lib.* 1. *cons.* 54. *n.* 5. *Philip. Dec. ad d. l. pen.* & *Jac. Menoch. in addition. ibid. pulchre Ant. de Amat. ad l.* 9. *C. hoc tit. n.* 156. & *seqq.*

16. Secundum jus municipale Zelandiæ liberi indistincte etiam simplicem donationem a parentibus acceptam conferre tenentur. *Zeland. art.* 22. *præs. Everb. cons.* 183. *n.* 10. & idem etiam obtinet apud Burgundiones nisi donatarius omittere velit hereditatem contentus donato. *Chassan. ad consuet. Burgund. tit. de success. rubr.* 7. §. 5. *n.* 41. & *seqq.* & juri consentaneum esse, postquam sublata sit suitatis & emancipationis differentia, putat *Molin. ad Dec. in auth. ex testamento. C. hoc tit.* & *cons.* 59. *n.* 4. & ita usu in Gallia servari scribit: eamque sententiam aliquando secuta est Curia Mechliniensis, teste *Christin. vol.* 1. *decis.* 178. *n.* 11.

CAPUT XVI.

De modo conferendi, & pœna non conferentis.

SUMMARIUM.

1. *Quomodo re fiat collatio.*
2. *Utrum rem ipsam, quæ data est, conferri necesse sit, an satis sit conferri æstimationem.*
3. *Res ipsa in specie regulariter conferenda.*
4. *Quid juris, si res alienata sit.*
5. *Quid si necessitas rei ipsius conferendæ nonnihil injuriæ secum trahat.*
6. *Quomodo cautione fiat collatio.*
7. *Quid si quis ob inopiam cavere nequeat.*
8. *Quando opus aut non opus cautione.*
9. *Notatur circa modum conferendi discrimen aliquod inter jus vetus & novum.*
10. *Collatio fit deductis impensis necessariis, & sine usuris ac fructibus.*
11. *Improbatur ratio quædam ad hoc allata a Christinæo.*
12. *Collatio fit pro portionibus hereditariis.*
13. *Insignis circa hanc rem distinctio, præcipue ex ratione juris veteris.*
14. *Qui non adspirat ad successionem, ad collationem urgeri non potest: notabili limitatione.*
15. *Non conferentis quæ sit pœna.*
16. *Si per errorem divisio facta sit omissa cautione, adhuc tamen peti posse, ut collatio fiat: & quo remedio.*

VIDEAMUS nunc, quod quinto loco quærendum erat, qua forma seu modo collatio fiat, tum quæ sit pœna non conferentis. Collatio duobus modis fieri potest & solet, re ipsa, & cautione; sic enim nostri loquuntur. *l.* 1. §. *jubet.* 9. §. *quamvis.* 11. *ff. hoc tit.* quamvis proprie qui cavet sive fidejussoribus sive pignoribus, non confert, sed de conferendo securos facit coheredes.

1. Re fit collatio, cum fratres vel sorores bona conferenda cum fratribus & sororibus actualiter dividunt. *d. l.* 1. §. *quamvis*. vel cum minus accipiunt remittendo tantum ex bonis paternis, quantum fratres ex collatione laturi essent. *d. l.* 1. §. *sed & si.* 12. Idemque est, si nomen paterni debitoris delegaverint, vel fundum, aut rem aliam dederint pro portione bonorum, quæ conferri debuit. *d. l.* 1. §. 12. eumve, cui conferri oportet, liberaverint. *d. l.* 1. §. *pen. ff. l.* 2. *C. hoc tit.*

2. De illo quæritur, utrum omnino rem ipsam, de qua conferenda agitur, in specie conferri oporteat, an oblatione æstimationis conferens defungatur. Et possit videri & edicto prætoris & constitutionibus, quæ æqualitatem tantum desiderant, abunde satisfieri, si conferatur rei æstimatis, quæ est tempore collationis. Neque huic sententiæ obstant *l.* 1. *pr. ff. hoc tit. l. posthumo.* 11. *C. eod.* utique contrarium ex his elici posse non videtur: cum & ille bona sua vi ipsa conferat, qui confert æstimationem. Et hoc D. Tuldeno ad *C. hoc tit. n.* 1. placere video per *l.* 1. §. *sed & si.* 12. *ff. hoc tit.* cujus textus argumento etiam *Sichard. in rubr. C. eod. n.* 18. *post Corneum in l.* 9. *C. eod.* notat, in materia collationis hoc esse singulare, ut & species inter se, & cum pecunia compensentur, cum alias tantum quantitatis cum quantitate pensatio fit, *per DD. in* §. *in bonæ.* 30. *Inst. de action. & in l. ult. C. de compens.*

3. Attamen ego in contrariam sententiam proclivior sum. Cum enim ex adverso ipsa corpora & species, quæ in bonis parentum manserunt, divisioni subjiciantur; idem etiam in iis, quæ conferenda sunt, rationis esse videtur, ut sc. species ipsæ, quæ datæ sunt in medium conferantur, nec ad liberationem sufficiat præstare æstimationem; utique si altera pars dissentiat: nam inter consentientes quin æstimatio collata ad liberationem prosit, dubium non est; quoniam & alias non obtinente creditore aliud pro alio solvere licet. *l. manifesti.* 17. *C. de solut.* ac de tali casu textum in *d. l.* §. *sed & si. hoc tit.* accipiendum esse, patet ex eo, quod jurisconsultus illic etiam de nomine debitoris delegando, de fundo reve alia pro portione bonorum danda, tractat, quod, ut notum est, non nisi inter consentientes fieri potest. *Perez. in C. hoc tit. n.* 19. *Costal. ad. l. si filia.* 20. *ff. fam. ercisc.* qui & ita judicatum memorat a Curia Parisiensi, *ut & Papon. lib.* 21. *tit.* 7. *arrest.* 1. *add. Christin. vol.* 4. *decis.* 2. *n.* 5. *Ant. de Amat. ubi sup. n.* 131. *& seqq.*

4. Plane si heres rem collationi subjectam bona fide alienavit, nec in specie conferre potest, satis est æstimationem conferri, facta reputatione temporis, quo collatio petitur. *Costal. d. loc.* vide & *Christin. ubi supra.* ubi in hoc quoque casu Senatum Parisiensem, idem censuisse refert. Putarem tamen si res vendita proponatur post mortem patris, conferendam esse eam summam quæ pro re accepta est, propter jus, quod jam coheredibus acquisitum erat.

5. Sed & si quo casu ipsius rei collatio nonnihil injuriæ conferenti allatura videatur, crediderim eum æstimationis collatione recte defungi. Neque enim verbi causa, eo casu, quo libri conferendi sunt, existimo scholarem cogendum eos ipsos actualiter conferre, cum iniquum atque absurdum sit studioso auferre libros, in quibus jam propter diuturnum usum memoriam localem habet. *Salicet. in l. filiæ.* 18. *n.* 15. *Bald. in l.* 5. *C. ad sen. Mac. Horat. Luc. tract. de priv scholar. priv.* 30. & ita censuisse supremam Curiam Mechliniensem testatur *Christin. ubi supra.* Idem dixerim, ubi nihil interest coheredum, æstimatio, an res ipsa conferatur, cum *Moli-*

Molinæo ad Dec. in l. 13. *C. hoc tit. add. Ant. de Amat. ubi sup. n.* 139.

6. Cautione fit collatio, cum de conferendo vel fidejussores dantur, vel pignora: non enim satisdato tantum, verum etiam pignoribus posse caveri de collatione placuit. *l.* 1. §. *jubet.* 9. *ff. hoc tit.* quamvis regulariter prætoriæ stipulationes satisdationem desiderent. *l.* 7. *ff. de stip. præt.* Si unus ex heredibus ante factam collationem decesserit, heredi ejus conferri, vel de collatione caveri oportet aut e converso heredem ejus conferre aut cavere, & hoc est, quod DD. ajunt, jus conferendi & active & passive transire ad heredes. *Gomes. ad l.* 29. *Tauri. n.* 37. *l.* 2. *pr. ff. hoc tit.* & *ibi Bart. l. si maritus.* 14. *C. eod. l.* 1. §. *ibidem.* 8. *ff. eod.*

7. Quod si forte quis ob inopiam rei familiaris cavere nequeat, curator ejus portionis constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat, quod redactum est, cum bona propria contulerit. *d. l.* 1. §. *si frater.* 10. *l.* 2. §. *ult. eod.*

8. Non est autem opus cautione, si inter liberos conveniat, quid sit conferendum; sed si inter eos sit controversia, num aliquid conferendum sit; tunc enim suspenditur collatio ejus, data cautione de conferendo, si necesse erit. *Nemaus. c.* 2. *n.* 24. *Pet. Tholos.* 46. *syntagm.* 8. *n.* 27.

9. Olim cum sua omnia emancipati conferebant, boni viri arbitratu ita fiebat collatio, ut de bonis conferentis prius deduceretur æs alienum. *l.* 2. §. 1. *ff. hoc tit.* Et ea solum conferebantur, quæ actu adhuc penes emancipatum collationi obnoxium erant, non quæ alienaverat; utique si citra fraudem & dolum, alias secus, *l.* 1. §. *confertur.* 23. *d. l.* 2. §. 2. *eod.* quod si id egisset, ne acquireret, collatio cessabat. *d. l.* 1. §. 23. *arg. l.* 6. *pr.* & §. 1. *cum* 3. *seqq. ff. quæ in fraud. cred. l. non fraudantur.* 134. *de reg. jur. Azo in summ. C. h. t. n.* 11. Sed postquam certarum duntaxat rerum collatio esse cœpit, & tandem solorum profectitiorum ob causam, si res ipsæ conferri nequeant, eo quod forte alienatæ sunt, æstimatio earum conferenda erit; neque propter æs alienum cessabit collatio, sed non valentis conferre portio hereditaria pro rata ejus, quod conferre debuit, minuetur. *per l.* 5. *C. hoc tit.* de quo etiam dictum jam ante est.

10. Cum autem fit collatio, impensæ necessariæ, quæ in rem conferendam factæ sunt, deduci solent. *l.* 1. §. *cum dos.* 5. *ff. de dot. collat. ubi Gloss.* & *Bart.* fitque collatio simpliciter sine usuris & fructibus. Ut ecce, qui dotem aut donationem propter nuptias a parente accepit, is parenti successurus, debet quidem hæc cæteris ejusdem parentis liberis, cum quibus succedit, conferre: at non item fructus aut usuras dotis aut donationis propter nuptias. Nam illud solum conferendum esse, quod quis titulo dotis aut donationis propter nuptias accepit, ac sufficere, si res ipsa vel summa principalis hoc nomine data conferatur, multi loci evincunt. *l.* 3. *l.* 4. *l.* 8. *l. ut liberis.* 17. *l. illam.* 19. *C. hoc tit.* & *pass. ff. de dot. collat. Christin. vol.* 1. *decis.* 178. ubi & supremam Curiam Mechlin. ita judicasse testatur, congruit *art.* 29. *Polit. Ordinat.* Et ratio hæc est, quia fructus dotis percepti non sunt dotis, sed cedunt marito propter onera matrimonio cohærentia. *l.* 7. *de jur. dot. l. pro oneribus.* 20. *C. eod.* quod etiam ad donationem propter nuptias ob eandem causam pertinet, *fac. l.* 1. §. *sed an.* 16. *ff. hoc tit.*

11. Affert & hanc rationem *Christin. d. loc.* quod non alia conferantur, quam quæ reperiuntur in bonis conferentis tempore mortis patris vel matris, per *l.* 6. *l. filiæ.* 12. *C. eod.* fructus autem consumpti non sint in bonis. Sed si hoc argumentum

procederet, etiam consumta tota dote liberaretur filia a collatione, quod falsum esse patet ex *auth. quod locum. C. eod.* & dictæ *l. 6.* similiumque locorum non alia sententia est, quam quod non conferantur ea, quæ liberi demum post mortem patris acquirunt. De casu collationis rei dotalis faciendæ constante adhuc matrimonio dixi supra *cap.* 12.

12. Porro collatio fit pro portionibus hereditariis, quas quisque in hereditate habet, ita ut persona quoque conferentis numeretur, & partem faciat *l. 2. §. ult. l. 3. §. 2. ff. hoc tit. Nemaus. c. 2. n. 24. Duar. c. 3. hoc tit.*

13. Ex ratione autem maxime juris veteris distinguendum hic est, utrum filius emancipatus, qui ad collationem vocatur, petita bonorum possessione contra tabulas, an ex capite edicti *unde liberi*, ad successionem admittatur. Fieri enim potest, ut qui testamento facto bonorum possessionem contra tabulas accepit, interdum minus, quam si ab intestato accepisset, conferat, interdum etiam, ut nihil. Ut ecce, si pater una cum filio in potestate extraneum heredem instituerit, hic nisi emancipatus præteritus bonorum possessionem contra tabulas petat, filius heres scriptus non aliam partem ex testamento patris, quam ex qua heres scriptus est, consequi poterit, nihilque ei conferet extraneus coheres. Emancipatus vero si accepta contra tabulas bonorum possessione extraneum removerit, quasi in locum ejus succedens, pro ea tantum parte, quam fratri aufert, conferre tenebitur; quoniam & pro ea duntaxat parte fratri incommodat. Finge igitur extraneum ex semisse verbi causa institutum esse, hic emancipatus nihil conferet: multoque minus, si extraneus scriptus sit ex parte majore; quia tunc etiam beneficium ab emancipato accipit frater in potestate retentus. At si, verbi gratia, extraneus ex quadrante, filius ex dodrante heres scriptus est, hoc casu, quia quadrantem emancipatus fratri detrahit, quadrantem quoque bonorum suorum conferet, sed non amplius *l. 1. §. 3. 4. ff. hoc tit.* ubi mire se torquent *Gloss. & Bart.* Quod si patre intestato mortuo ex parte edicti *unde liberi* bonorum possessio obtineatur, hoc casu collatio æqualis erit, ut quantam partem emancipatus fratribus suis heredibus detrahit, tantam & illis conferre teneatur. Finge emancipatum habentem patrimonium trecentorum concurrere cum duobus fratribus in potestate retentis: hic emancipatus singulis fratribus centum & sibi centum conferet; vique ipsa hoc perinde est, ac si solida trecenta cum hereditate patris confudisset, unde scilicet divisione facta centum ad ipsum reditura fuissent. Quod si quis interdum plus conferat, quam accipit, de se eum queri oportet, cui liberum fuit bonorum possessionem omittere. *l. 2. §. si tres. 5. ff. hoc tit.*

14. Qui autem non affectat successionem, ad collationem urgeri non potest. *l. ult. ff. de collat. dot. l. ex causa.* 23. *C. fam. ercisc.* ubi hoc notant *Bart. Bald. & Salic. Dua. c. 1. & 3. de collat. Christin. in leg. Mechlin. tit. 16. art. 3. n. 6. Præs. Everb. cons. 8. n. 2.* ubi tamen *n.* 4. notabilem addit limitationem, videlicet quod id tunc demum procedat, quando omnes alii liberi salvam habent suam legitimam portionem. Quod si futurum sit, ut isti alii liberi, connumeratis bonis, quæ omissa alias hereditate, conferri non deberent, minus illa sua legitima parte consecuturi sint, tum eos jure desiderare posse, ut suppletio ex istis bonis ad modum legitimæ fiat, per *text. in auth. unde si parens. C. de inoff. testam. facit tot. tit. C. de inoff. donat.* & ita judicatum a suprema Curia Mechliniensi refert *Christ. vol. 4. decis. 2. n. 4. sub fin. add. Gomes. in l. 92. Tauri. n. 34.*

15. Pœ-

15. Pœna non conferentis, aut per contumaciam cavere nolentis, cum possit, hæc est, ut ei denegentur actiones hereditariæ, quæ alias pro consequenda portione sua hereditaria ei competerent, donec consilium mutet. *l.* 1. §. *si frater.* 10. §. *si cum duobus.* 13. *ff. hoc tit. l.* 11. *l.* 14. *C. eod.* Quod si is, qui collationem detrectat, sit in possessione rerum hereditariarum, poterit ad collationem compelli officio judicis, per *l.* 8. *C. eod. ubi Gloss. Cyn. Petr. & Jac. de Ravenn. Alberic. Bart. & DD. comm.* Si quis autem caverit, sed cautioni non steterit, committitur stipulatio, cum post interpellationem de conferendo factam tantum tempus lapsum est, intra quod collatio commode fieri potuisset; & quanti ea res est, in tantam pecuniam condemnatur. *l.* 5. *in fin. ff. hoc tit. Nemaus. c.* 2. *n.* 24. *Perez. C. eod. n.* 19. *Wesenb. parat. eod. n.* 6.

16. Quid si per errorem jam facta sit divisio omissa collatione aut cautione, idque auctoritate judicis interveniente? Nihilominus adhuc peti poterit, ut collatio fiat. *l.* 8. *C. hoc tit.* quemadmodum & in calculo si error aliquis intervenerit, emendationi locus est. *l. un. C. de err. calcul.* Neque hoc tendit ad impugnandam sententiam, sed ad minuendam & moderandam executionem & vires judicati. *Gilken. in d. l.* 8. *C. hoc tit. cum ibidem allegat.* ubi tamen *n.* 5. hoc ita procedere ex *Gloss. Alberic. Corn. Alex. & aliis* notat, nisi auditis partium, collationem petentium & renuentium allegationibus post causæ cognitionem sententia judicis intervenerit. *fac. l.* 7. §. 1. *ff. de compens.* Sed tunc dici non potest collatio omissa per errorem: & hoc ipsum ita quoque temperandum est, si non appellatione intra tempora præfinita interposita collatio petita fuerit. Cæterum quæstionis est, qua actione aut remedio post factam divisionem obtineri queat, ut collatio adhuc fiat. *Glossa, Cyn. Alber. Bart. & DD. comm. in l.* 8. *C. hoc tit.* officium judicis hic requirunt. Et sane ad id confugiendum erit, si adhibito judice divisio facta proponatur. Quod si omissa per errorem collatione sine judice facta sit divisio, tunc putarem collationem postulantibus competere condictionem indebiti: nam quantum, qui non contulit, conferre debuit, tanto minus fratres de rebus paternis illi debuerunt: quo fit, ut si amplius illi datum fuerit, indebitum solvisse fratres intelligantur. *fac. l. si quis.* 10. §. 1. *ff. de compens. l* 5. §. *pen. ff. de impens. in rem dot. fact. l. cum putarem.* 36. *circa fin. ff. fam. ercisc.*

CAPUT XVII.

De fine & effectu collationis.

SUMMARIUM.

1. *Collatio initio introducta est minuendæ injuriæ gratia, quæ filiis in potestate retentis a prætore fiebat, admissis simul ad successionem emancipatis.*
2. *Postea solam æqualitatis inter liberos conservationem hic spectari cœpisse.*
3. *Æqualitatem hanc non arithmeticam esse, sed geometricam.*
4. *Bona collata & ipsa fieri hereditaria, aut pro talibus haberi.*
5. *Post collationem demum actiones hereditarias cum effectu exerceri posse.*
6. *Pactum, quo necessitas collationis remittitur, quando validum.*

UNUM adhuc superest, ut quæramus, quis sit collationis finis & effectus, hoc enim postremum est ex iis, quæ ad intelligentiam hujus argumenti diximus cognitu esse necessaria.

1. Ex iis, quæ supra disserimus, præsertim cap. 2. intelligere possumus, collationem initio a prætore introductam esse minuendæ duplicis injuriæ gratia, quam sui heredes patiebantur, eo quod prætor una cum his ad bonorum paternorum successionem admittebat & emancipatos: nam ita & suis heredibus pars hereditatis paternæ, quæ horum tota erat jure civili, detrahebatur, & eorum quoque bonorum, quæ sui heredes quæsierant, partem consequebantur emancipati cum & ipsi sibi omnia quærerent, & quæsita sibi retinerent. Cui utrique injuriæ obviam iverit prætor emancipatos, successionem patris una cum suis appetentes, ad bonorum collationem vocando. *l. 1. ff. hoc tit.*

2. Cum autem procedente tempore magis ac magis par atque æqualis liberorum omnium causa in successione parentum intestata esse cœpisset, ad hanc æqualitatem inter liberos servandam paulatim quoque jus collationis attemperatum fuisse, ac tandem etiam tractum ad successionem ex testamento. Itaque nunc recte dicemus τὸ οὗ ἕνεκα, finem, propter quem collatio fit & petitur, hunc esse, ut servetur inter liberos æqualitas, eaque servata bona defuncti parentis una cum collatis inter eos dividantur. *l. ut liberis.* 17. *l. illud.* 20. *C. hoc tit. Nov.* 18. *c.* 6. Differt itaque collatio a divisione, ut antecedens a consequente.

3. Æqualitas autem hæc non est arithmetica, sed geometrica, ut collatis omnibus, quæ conferenda sunt, tantam quisque portionem accipiat, quanta ei vel dispositione testatoris, vel lege delata est: sic enim referenda est æqualitas ad id, quod relictum est; verbi causa, si unus ex liberis institutus sit ex quadrante, alter ex dodrante, collatis omnibus in acervum hereditatis, quæ hoc modo crescit, unus tres uncias totius, alter novem accipiet, sibique imputet, si quis minus accipiat, quam contulit, quia poterat hereditatem omittendo effugere onus collationis. *l.* 2. §. *si tres.* 5 *.hoc tit.* Quod si ex æquis partibus heredes scripti sint, æqualiter hereditatem divident, quamvis unus plus alio conferat, quia plus a defuncto parente acceperat: idemque est in successione intestata. Et ita in partibus diversis proportio est geometrica, quemadmodum in substitutione reciproca, si testator heredes ex imparibus partibus institutos sibi invicem simpliciter substituerit. *l.* 5. *l. si plures.* 24. *ff. de vulg. & pup. subst. l.* 1. *C. de impub. & al. subst.*

4. Effectus collationis est hic, quod bona collata & hereditati communi permista, & ipsa hereditaria fiant, aut utique vi ipsa pro hereditariis habeantur: nimirum quæ ex bonis patris exierunt, nam de peculio profectitio, quod in bonis patris manet & post mortem in hereditate ejus reperitur, hoc proprie prædicari non potest: quanquam intuitu naturalis possessionis & juris administrandi, quod vivente patre filius habuit, etiam hic collatio est, & fieri dicitur, de quo uberius disserimus supra *cap.* 3.

5. Est & hic collationis effectus, quod post eam demum actiones hereditariæ efficaciter exerceri possunt: nam etsi statim atque agnita hereditas aut bonorum possessio est, actiones istæ ipso jure competunt, tamen conferre nolenti denegantur, ut demonstratum est *cap. superiore.* Illud autem insubtile est, quod quidam ajunt, competere actiones, etiamsi pacto hereditati renuntiatum sit. Prius enim de successione,

ne, quam de collatione aut actionibus quærendum eſt: & ſicut eum, qui ad collationem vocatur, aut cui confertur, ſucceſſorem eſſe oportet, ita ex adverſo præpoſtere diſputatur de collatione in perſona ejus, qui ſucceſſor non eſt.

6. Hæc autem eſt eorum mens & ſententia, ante herditatem aut bonorum poſſeſſionem delatam pacto effici non poſſe, ut quæ alias conferenda eſſent, non conferantur, at poſtea poſſe, & juri jam quæſito recte renuntiari. *per l. pen. C. de pact. junct. l. ult. C. eod. l. 3. C. hoc tit. l. ſi quando. 35. §. 1. C. de inoff. teſt. l. ult. ff. de ſuis & leg. her. cum ſimilib.* quod quidem verum eſt, ſed loco minus congruo hic tractatur, ut & alia quædam, quæ pertinent ad locum communem de pactis circa ſucceſſiones: de quibus *DD. in d. l. ult C. de pact. & in l. ſtipulatio. 61. ff. de verb. oblig.*

ARNOLDI VINNII JC.
DE
TRANSACTIONIBUS
TRACTATUS

CAPUT I.

1. De usu verbi transigere, quid sit transactio, & quid differat a pacto.

1. *Verbi transigere cum propria, tum tropica significatio.*
2. *Ejusdem verbi usus specialis præsertim argumento proposito: tum qua in re differat transactio a sententia, & jurejurando.*
3. *Vera & exacta transactionis definitio.*
4. *Decidere pro transigere passim.*
5. *Vulgaris definitio transactionis minus accurata.*
6. *Inter pacisci & transigere quid intersit.*
7. *Quomodo interpungenda l. 1. ff. h. t.*
8. *Res dubia quæ hic dicatur, obiter.*

1. VERBUM *transigere*, si originem & compositionem spectamus, idem significat, quod ultra agere sive transadigere. Tacitus *annal.* 14. *Gladio se ipsum transegit.* quod Virgilius 9. *Æneid. Sed viribus ensis adactus Transadigit costas.* Statius 5. *Thebaid. Quatuor hos una, decus & solatia patris. Transadigam ferro.* Atque hinc translatum ad alia significatione generali; ut idem sit transigere, quod negotium conficere, expedire, finire. Cicero pro Quintio, *Quæro qua ratione Nævius susceptum negotium transegerit?* Item pro Rosc. Comœd. *per nuntium hoc, quod erat tam leve, transigere potuisti.* Terentius *in Andr. Facta, transacta omnia.* & passim in Comœdiis, *intentus transigetur.* Sic dicimus vitam transigere pro traducere, peragere, διάγειν Tacitus *in vit. Agricolæ. In hujus sinu indulgentiaque educatus, per omnem honestarum artium cultum pueritiam adolescentiamque transegit.* Sallustius *proœm. bell. Catil. Sed multi mortales dediti ventri atque somno, indocti incultique vitam sicuti peregrinantes transegere.* Et initio ejusdem proœmii; *ne vitam silentio transigant, veluti pecora.* quanquam non ignoro in vulgatis fere legi *transeant.* Atque in generali hoc significatu, sive pro qualicunque terminatione & finitione negotii, etiam a nostris sæpe usurpatur, ut videre est in *l. ordine.* 15. *ad. municip. l.* 5. *de decur. l. arbitrio.* 18. §. *dolo.* 4. *ff. de dol. mal. l.* 1. §. *ult. ad SC. Tertull. l.* 1. §. 3. *ff. de pact.* In *l. transacta.* 229. & *seq. de verb. sign.* Paulus ait,

ait, transacta intelligi, quæ quoquo modo ad finem perducta sunt, vel tempore, vel judicis sententia, vel alio quovis modo. Apud Ulpianum *l. quid ergo.* 13. §. *pœna.* 7. *de his qui not. infam.* sententia transactum dicitur de existimatione. Apud Gajum *l. admonendi.* 31. *in fin. ff. de jurejur.* negotium jurejurando transactum, quomodo & Seneca præfat. *lib. 7. declam. Placet tibi rem jurejurando transigi.*

2. Cæterum passim in usu juris & præsertim in argumento proposito specialiter hoc verbum usurpatur, & pro ea duntaxat conventione accipitur, qua rem dubiam litemque incertam ita finimus atque expedimus, ut pro eo aliquid vicissim accipiamus: neque aliud in proposito est transigere, quam rem dubiam litemve incertam consensu terminare, dato aliquo, seu promisso, aut retento. *l.* 1. *ff. hoc tit. l.* 2. *l. transactio.* 38. *C. eod. c. super eo. x. eod.* Itaque proprie quoque loquitur Cicero, pro Cluent. cum ait, *Manlius rem cum Oppianico transigit, pecuniam ab eo accipit, &c.* Ajo, *consensu terminare.* quibus verbis transactio distinguitur a sententia & decisione judiciali: nam judicium redditur in invitum. *l. inter.* 83. §. 1. *ff. de verb. obl.* hinc consensu terminata pro transactis. *l. interpositas.* 13. *C. hoc tit. cum similib.* Additur, *dato aliquo, aut retento.* ut hinc removeatur jusjurandum, quod & ipsum ex conventione proficiscitur. *l. qui jurasse.* 26. §. *ult. ff. de jurejur.* & propter communem cum transactione effectum speciem transactionis continere dicitur. *l.* 2. *eod. tit.* transactio tamen proprie non est; quia in jurejurando non intervenit mutua compensatio, quæ in transactione desideratur: sed nullo dato vel retento aut promisso procedit. Sed & ei, cui jusjurandum delatum est, necessitas imponitur, ut aut juret, aut jusjurandum referat. *l. manifestæ.* 38. *d. tit.*

3. Transactio igitur, ut tribus verbis dicam, est non gratuita rei dubiæ decisio facta conventione partium. atque ad hunc eundem modum etiam Wesembecius transactionem definit *parat. hoc tit. n.* 2. quanquam illa definitio imprudenti & tantum non aliud agenti excidisse videtur: Nam toties illic vacillat Wesembecius, ut Andabatarum more clausis oculis in eum locum irruisse videatur, quod & Bachovius notavit. Hinc jam intelligimus transactionem non esse nisi tunc cum actor ita litem remittit, ut neque is totum, quod petit, auferat; neque rursus totum amittat: sed de summa quæ petitur deciditur aliquid, & quasi decerpitur, quod detur actori, ut quod superest, apud reum relinquatur.

4. Atque hinc factum est, ut Latinis, præsertim autem juris nostri auctoribus, verbum *decidere* usurpatum sit pro transigere. Cicero pro Quintio, *Assem sese negat daturum, nisi prius de rebus rationibusque societatis omnibus decidisset, & scisset sibi cum eo controversiæ nihil futurum.* Idem pro Rosc. Amerino: *Si hanc ei rem privatim Sext. Roscius mandavisset, ut cum Chrysogono transigeret atque decideret.* Eodemque sensu hoc verbo utuntur nostri in *l. cum in eo.* 44. *ff. de pact. l. mandato.* 60. *ff. de procur. l.* 7. *pr. ff. de cond. furt. l.* 4. §. 1. *ff. ad leg. Falc. l. ejus rei.* 46. *ff. de rei vind.* ex quo est litis decisio pro transactione. *l.* 7. *l. sub prætextu.* 19. *l. siquidem.* 24. *C. h. t.* decisio furti. *l. post decisionem.* 13. *C. de furt.*

5. Vulgo loco generis pactum seu pactio ponitur: sed non satis subtiliter mea quidem opinione. Etenim pactiones & contractus non sunt genera transactionis, sed modi transigendi: nam interdum nuda duntaxat pactio intervenit, aliquando stipulatio, *l.* 2. *l. pacto.* 15. *ff. l. sub prætextu.* 19. *l. sive apud.* 28. *C. hoc tit. l. cum proponas.* 21. *C. de pact.* quandoque datio aut retentio. *l. transactio.* 38. *C. hoc tit.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione,

actione, si proprie loqui volumus: nec duplex esse potest genus unius & ejusdem rei. Qui in re tam plana aliud sectantur, næ illi nodum in scripo quærunt.

6. Inter pacisci & transigere hoc interesse scribit JC. in *l. 1. ff. hoc tit.* quod qui transigit, quasi de re dubia & lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam & indubitatam ex liberalitate remittit. Discrimen in duobus positum. 1. Transactio semper est de re dubia & incerta: nam quod in *l. 32. C. hoc tit.* dicitur, de *certa re* pactum transactionis interpositum, id non de re indubitata, sed de una aliqua, re aut lite, intelligendum est, ut ex ipso contextu patet. Pactum vero plerumque quidem de re certa seu indubitata fit, sed non semper: nam interdum etiam de re controversa & litigiosa pacisci dicimur. *l. 7. §. si paciscar. 13. cum seq. ff. de pact. l. transigere. 18. C. h. tit. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & seq. ff. de his qui not. infam.* Itaque hic character non est perpetuus, sed ἐκ τοῦ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον. 2. Pactum in specie acceptum ut ἀντίθετον transactionis, semper est gratuitum: at transactio in specie sic dicta semper fit aliquo dato retentove aut promisso, nunquam gratis. *l. transactio. 38. C. h. tit.* & hic character est perpetuus. Unde pactum donationis causa & transactio opponuntur. *l. 3. C. de repud. vel abstin. hered. l. 6. de solut.* sicut aliis locis transactioni opponitur donatio. *l. cum donationis. 34. C. h. tit. l. ex conducto. 15. §. 4. ff. locat.* Quod si alicubi pactum dicatur fieri dato aliquo vel retento aut promisso, ibi pactio sive pactum latiore significatione ponitur pro transactione, ut in *l. contra juris. 28. in fin. ff. de pact. l. 1. C. eod. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & 4. ff. de his qui not. infam. l. 4. ff. de jur. fisc.* non quod proprie pactum se habeat ad transactionem, ut genus ad speciem, si subtilius loqui volumus: sed quia transactio etiam pactione fit: unde alibi rectius appellatur pactum transactionis causa factum & placitum transactionis. *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. 7. l. si de certa. 31. l. si pro fundo. 33. C. h. tit.* sicut & pacto dicitur transigi. *l. 2. l. pacto. 15. ff. l. de fideicommisso. 11. l. interpositas. 13. C. eod. l. si instituta. 27. pr. ff. de inoff. testam.*

7. Duarenus & Donellus textum *d. l. 1. ff. h. tit.* sic interpungunt; *Qui transigit, quasi de re dubia, & lite incerta, neque finita transigit: qui vero paciscitur donationis causa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* commate posito post *donationis causa*: idque post Cisnerum etiam probat Borcholt. *c. 1. ad hunc tit. n. 28.* Sed hæc interpunctio tantum abest, ut necessaria sit, sicut ea, quæ diximus, aperte demonstrant, ut etiam mihi videatur inconcinnam efficere, & tantum non ineptam JC. sententiam *qui paciscitur donationis causa, rem ex liberalitate remittit.* quasi vel unus de eo dubitare possit. Sane Græcorum interpretatio istam διαστολὴν ferre non potest, qui sic lib. 11. *Basil. tit.* περὶ διαλύσεως, Ulpiani verba reddunt; ὁ διαλυόμενος ὡσανεὶ περὶ πράγματος ἀμφιβόλου καὶ δίκης ἀδήλου καὶ ἀπληρώτου διαλύεται. ὁ δὲ συμφωνῶν κατὰ δωρεὰν πρᾶγμα δῆλον καὶ ἀναμφίβολον φιλοτίμως συγχωρεῖ. neque enim verba κατὰ δωρεὰν recte referas ad præcedens συμφωνῶν. Et iterum apertius, οἶδας τὴν κυριότητα τοῦ συμφώνου καὶ διαλύσεως· ὅτι σύμφωνον μὲν ἐστι ὁμολογουμένου χρέους συγχώρησις· διάλυσις δὲ ἀμφιβαλλομένου χρέους συμβιβασμός. atque ad eundem modum Attiliata in *synopsi tit. 6.* & Harmenop. *lib. 1. tit. 13. §. 14.* qui sua illinc transtulerunt.

8. Illud notandum est, in causa transactionis rem dubiam dici non solum eam, de qua lis jam mota est; sed etiam eam, de qua moveri potest, aut lis metuitur. *l. 2. C. h. tit.* imo amplius etsi neque lis sit, neque lis metuatur, dummodo alia ratione res sit dubia,

ut in specie *l. 1. C. de pact. l. de fideicommisso.* 11. *C. hoc tit. l. 8. §. si in annos.* 23. *ff. eod.* sed hæc accuratius infra sub *cap.* 4. *de materia transactionis.*

CAP. II.

Quibus modis fiat transactio.

1. TRANSACTIO vel fit nuda conventione, veluti si quis paciscatur, ut certum aliquid accipiat & a lite recedat. *l. 2. l. pacto.* 15. *ff. h. tit. l. si instituta. ff. de inoff. test. l. sive apud.* 28. *C. hoc tit. cum similib.* & tale pactum etsi ipso quidem jure actionem non tollat, sed ea nihilominus integra adhuc actori maneat: exceptionem tamen reo parit ad summovendum actorem, si contra placita litem persequi velit. *l. sub prætextu.* 19. *d. l. sive apud. C. eod. l. cum proponas.* 21. *C. de pact.* Cæterum ita reus ex placito transactionis inutilem exceptionem habet, si paratus sit implere, quæ ipse contra promisit; alioqui replicabitur de dolo. *d. l. sub prætextu. d. l. cum proponas. l. ult. C. si advers. transact.* Quod si verbi causa in lite familiæ erciscundæ convenit ut, certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam; neque ego tibi quidquam dedi, ut mihi dares, neque tu mihi; neque porro huic placito stipulatio subjecta est: nulla ex hoc pacto, utpote nudo & meri placiti fine stante, actio nascitur. *l. divisionis.* 45. *ff. de pact. d. l. cum proponas. C. eod.* & ideo placiti servandi causa stipulatio subjici solet. *l. pacto.* 15. *ff. l. si pro fundo.* 33. *C. hoc tit. l. cum proponas.* 21. *l. petens.* 27. *C. de pact. l.* 5. *C. de contr. stip.* Quidam putant in *d. l. cum proponas.* conventionem transactionis causa interpositam ideo ad producendam oblgiationem & actionem efficacem non esse, quia serio & deliberato animo non intercesserat: quam ob causam Impp. quod gestum erat, placitum vocent, at non duorum plurium in idem placitum consensum: quasi vero plurium conventio transactionis gratia interposita non sit plurium in idem placitum, aut plurium in idem placitum consensus. Nec vero, ut illi contendunt, scripturæ illic mentio fit, quia ex ea constet transactionem factam certo ac præmeditato consilio, sed factam esse omnino: ea autem non interveniente alia probatione sit opus, ut ex ipso textu satis apparet. Et quid quæso refert ad vim obligationis scriptura de negotio aliquo intervenerit, nec ne, dummodo id, quod actum est, probari possit? *l. cum res.* 12. *C. de probat. l. pactum.* 17. *C. de pact. l.* 5. *C. hoc tit.* Sed hæc inter pactum & stipulationem differentia jure Canonum sublata est *c.* 1. *&* 3. *x. de pact.* utique secundum communem canonistarum sententiam. Sane moribus hodiernis eadem seriæ cujusque pactionis, quantumvis nudæ, vis est, quæ stipulationis; nec pactum minus, quam stipulatio ad actionem prodest: & hoc simplicitati juris naturæ ac gentium omnino convenit. *l. cum amplius.* 84. §. 1. *de reg. jur.* de quo fusius dissero *tract. de pact. c.* 7.

2. Vel fit per contractum innominatum do ut des, vel facias: veluti, *do tibi prædium, ut a lite discedas. l. si pro fundo.* 33. *C. h. tit. remitto actionem, ut mihi partem bonorum des. l.* 6. *C. eod.* Denique quoties simili lege quid datur, aut fit ab uno: quo casu ei qui dedit, aut fecit, in id quod interest, præscriptis verbis actio competit *dd. ll.* nam quoties quid certa lege vel datum vel factum est, quod in utraque specie *dd. ll.* supponendum esse, ratio decisionis satis arguit, pacti natura exceditur, & contractus evadit

innominatus, unde civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis exoritur. *l. juris gentium.* 7. §. 2. *ff. de pact. l. si dominus.* 8. *in fin. l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb. l.* 6. *C. de jur. dot.* & huc transferri possunt, quæ nos *tract. de pact. c.* 6. *n.* 5. & 6.

3. Vel fit per stipulationem Aquilianam, & acceptilationem, *l.* 2. *l. pacto.* 15. *ff. hoc tit.* (nam acceptilatio subsequatur necesse est. *l.* 4. *l. ut responsum.* 15. *l. si causa.* 32. *C. eod.* idque addendum *d. l.* 2. & *l.* 15. *ff. eod.*) & tunc actio ipso jure sublata est, ut omnino amplius moveri non possit. *d. l.* 4. *d. l. ut responsum. l. sub prætextu.* 19. *C. eod. l. ult. C. si advers. transact.* Declaremus rem exemplo L. Titius cum P. Mævio judicio agens centum ab eo petit. Mævius se debere negat. Cum res esset dubia, convenit inter eos, ut Titius acciperet quinquaginta, & a lite discederet. Titius acceptis licet quinquaginta, potest nihilominus altera quinquaginta judicio petere; quoniam pacto transactionis actio ipso jure sublata non est: quamvis id pactum reo pariat exceptionem. Ut autem ipso jure perimatur obligatio, in reliqua quinquaginta actor prius ita stipulabitur, *Quod ultra illa quinquaginta mihi debes*, daturum *te mihi spondes?* & reus respondebit, *Spondeo*; ac mox interrogabit actorem, *habeatne acceptum id quod ita novandi animo stipulatus est*, & actor acceptum ferat.

4. Vel fit per stipulationem simplicem, veluti, *Dabis mihi centum, ut a lite discedam?* & tunc actio ex stipulatu datur. *l. cum mota.* 6. *l. si profundo.* 33. *C. hoc tit.*

5. Vel denique pactioni aut stipulationi antecedenti subjungitur etiam pœnalis stipulatio, veluti, *dabo tibi centum, ut a lite discedas. Spondesne ergo te a lite discessurum? & si non discedas, pœnæ nomine ducenta dare spondes? l. pacto.* 15. *ff. l. promissis.* 37. *l. si quis.* 41. *C. eod.* & hoc consultius esse scribit Paulus in *d. l. pacto. ff. eod.* nimirum ad evitandam difficultatem probandi id quod interest paciscentis aut stipulantis, si promissis non stetur. §. *ult. Inst. de verb. oblig.* hoc autem casu si actor acceptis centum, ut a lite discederet non desistat, sed litem adhuc moveat, liberum erit reo alterutrum facere, nempe vel exceptione pacti se tueri adversus agere volentem, vel pœnam in stipulationem deductam petere: non autem simul & exceptione transactionis uti potest, & petere ducenta pœnæ nomine, nisi expressim convenerit, ut rato manente transactionis placito etiam pœnam petere liceat. *l. pen. ff. hoc tit.* nam tunc ex voluntate transigentium utrumque recte petitur. At ubi nominatim id non convenit, non est æquum, ut simul & ex stipulatione pœnali commodum ferat, sed alterutro contentus esse debet. *l. rescriptum.* 10. §. 1. *ff. de pact. l. si pacto.* 14. *C. eod. l. si pater.* 12. §. 2. *ff. de pact. dot. l.* 4. §. *labeo.* 7. *de except. dol. mal. fac. l. si quis.* 129. *de verb. obligat.* Atque hinc explicandum & temperandum responsum Scævolæ in *l. qui Romæ.* 122. §. *ult. d. tit.* ut recte ibidem Cujac. Duar. Donell. idem Cujac. in *l. rescriptum.* §. 1. post Gloss. Bart. &c. *de pact.*

6. Plane si jurata sit pactio vel transactio, & contra eam factum, placet eum cujus interest, odio perjurii utrumque consequi posse, & præterea qui fidem rupit, notatur infamia. *l. si quis major.* 41. *C. hoc tit.* & *ibi DD.* quæ nova est Arcadii & Honorii constitutio perjurium arbitratu suo punientium. sed nostris & Gallorum moribus pœnæ hujus constitutionis non observantur, testib. *Zyp. not. jur. Belg. de pœn. vers. pœn. Autumn. ad d. leg.* 41. *Groeneweg. ibid.* & aliis illic allegatis.

7. Casus nonnihil diversus est, qui proponitur in *l. cum proponas.* 17. *C. hoc tit.* Nam quod ibi reus, qui dedit, ut actor a lite discederet, actore litem instaurante, repetere potest, quod dedit, id non fit vi stipulationis pœnalis, sed quia causa ob quam

datum

datum erat, secuta non est, unde danti condictio ob causam dati re non secuta, quam habet etiam sine stipulatione pœnali, *tit. ff. de cond. ca. dat. & C. de cond. ob ca. dat.* utique enim si nolit exceptione transactionis uti, neque in factum præscriptis verbis agere, poterit repetere quod dedit. *l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verb.* Quod si reus stipulatus sit, ut actore fidem non servante, possit & exceptione transactionis uti, & simul data repetere, hæc est illa stipulatio pœnalis, de qua in *l. cum proponas. C. h. tit.* cujus vis in eo posita, ut utroque auxilio reus, si velit, fruatur. vid. *Hotom. in d. l. cum proponas. & quæst. illustr.* 20.

8. Porro aut pure fieri transactio potest, aut sub conditione. *l. si super.* 9. *C. hoc tit.* & tam verbis generalibus, quam specialibus: neque enim necesse est eum, qui transigit, negotia omnia aut lites recitare. *l. sub prætextu.* 29. *l. si de certa.* 31. *C. eod.* nec refert interdiu, an noctu fiat. *l. non minorem.* 20. *C. eod.* in judicio, an extra judicium. *l. sive apud.* 28. *C. eod.* scriptura interveniente, nec ne, sive ut belle Græci, ἐγγράφως ἢ ἀγράφως. *l. 5. d. l.* 28. *C. eod.* Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 10. §. 2. Etenim scripturæ fieri solent, ut quod actum est, facilius probari possit: cæterum & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem. *l. 4. ff. de pignorib. l. 4. ff. de fid. instrum.* Quod si per simulationem aliquid a transigentibus expressum est, quod in scriptura contineatur, id quod inter eos actum est magis, quam quod scriptum est, inspiciendum erit. *l. cum ea.* 21. *C. hoc tit. l. si ex pretio.* 6. *C. si cert. pet. tot. tit. C. plus val. quod agit. quam quod simul. conc.* In transactione de alimentis forma & solennitas oratione D. Marci præscripta, observanda est, quæ extat in *l. cum hi.* 8. *ff. hoc tit.*

CAP. III.

Qui transigere possunt.

1. TRANSACTIO est ex genere prohibitorum: quamobrem sic recte definiemus, posse omnes transigere, qui natura aut jure non prohibentur. *arg. l. mutus.* 43. §. 1. *ff. de procur. l. nec non.* 28. §. 2. *ff. ex quib. ca. maj.* & quoniam transactio, est ex conventione, & consensu, hinc intelligimus eos, qui nullum intellectum aut animi judicium habent, transigere non posse, quales sunt furiosi, mente capti, infantes. *l. in negotiis.* 5. *de reg. jur. l.* 1. §. *furiosus.* 12. *ff. de oblig. & act.* §. *pupillus.* 9. *Inst. de inutil. stipul.* Nemo autem ob morbum corporis transigere prohibetur, dummodo mente sanus sit. *l. sanum.* 27. *C. h. tit.* fieri enim potest, ut morbus usque ad animum quoque penetret, mentemque sic afficiat invaletudo corporis, ut ipsa sibi non constet. *l. 1. §. 9. l. 4. ff. de ædil. edict.*

2. Sed neque pupillum infante majorem aut pubertati jam proximum transigere sine tutoris auctoritate posse existimo. Nam etsi ejus ætatis pupilli recte paciscantur, ne quod debent, a se petatur, & tale pactum jure valeat, *l. contra.* 28. *pr. ff. de pact.* tamen nec promittendo se obligare, nec remittendo alios liberare possunt: sine quibus tamen transactio nulla est. *l. transactio.* 38. *C. hoc tit.* Nec obstat, quod hujusmodi transactio, quatenus pupillis prodest, favore ætatis sustinetur: nam & ætatis favore sustinetur sententia pro minore lata in specie *l. non eo minus.* 14. *C. de procur.* quamvis re-

vera & inspecta ratione juris nulla sit. Sic etsi nulla venditio est earum rerum, quæ commercio exemptæ sunt. *l. 6. l. si emptione. 34. §. 1. ff. de contr. empt.* tamen si quid eorum deceptus a venditore emero, placet hactenus emptionem subsistere, ut actione ex empto consequar, quod mea interest deceptum non esse. *§. ult. Inst. de empt. & vend.* & ita cape *l. 4. ff. d. tit.*

3. Plus dicimus, ne puberes quidem curatorem habentes sine consensu ejus recte transigere, quoniam transactio in plerisque instar alienationis est: certi vero atque explorati juris est, minores non posse absque curatorum consensu res suas alienare. Utique litem remittere, aut dare aliquid, ut a lite discedatur, speciem continet alienationis, & ad jus administrandi pertinet, quod minoribus curatorem habentibus denegatum esse constat. Itaque hoc solum hic quærendum relinqui videtur, an non saltem minoris transactio sine curatore facta, non dato aliquo aut remisso, sed promisso tantum, ipso jure valeat, atque ex hac promissione sua civiliter minor obligetur? Sed ne hoc quidem admittendum censeo: neque enim magis in minore id admittere possis, quam in eo, cui a prætore curatore dato bonis interdictum est; quippe cujus & minoris curatorem habentis parem in contrahendo conditionem faciunt Impp. in *l. 3. C. de in int rest. min.* sicut autem certum est prodigos promittendo se obligare non posse, *l. is cui. 6. ff. de verb. obl. & ibi Gloss. & DD.* ita non minus pro certo habendum, transactionem qualemcunque a prodigo interpositam nullius esse momenti, atque ea communis est usuque recepta sententia prolixius a nobis defensa *tract. de pact. c. 13. n. 13. & seqq.* Minores vero sine curatore constituti transigere quidem possunt, valetque ipso jure talis transactio: sed si intra tempora legitima se læsos esse probaverint, causa cognita in integrum restituuntur. *d. l. 3. C. de in int. rest. min. & tit. C. si advers. transact.* Quare quod legitima ætas in transactione requiritur, *l. si major. 22. l. si majores. 25. C. hoc tit.* id eo pertinere sciendum est, ne forte ob ætatem postea rescindatur transactio, sed ut rata maneat eamque sequatur plenissima securitas. Quamobrem in universum sic definire licebit, neminem jure & efficaciter transigere posse, nisi qui liberam habeat rerum suarum administrationem.

4. Cæterum sunt etiam, qui alieno nomine recte transigunt, & quidem quin is transigere possit, cui specialiter mandatum est, ut transigat, nemo, ut puto, dubitat. De procuratore quoque in rem suam constituto sive cui cessa aut mandata est actio, dubitandum non est, quin transigere ac decidere cum adversario possit, cum possit & jusjurandum deferre, *l. jusjurandum. 17. in fin. ff. de jurejur.* adeoque domini loco habeatur, *l. sed si. 13. §. 1. ff. de pact. l. procuratori. 55. ff. de procur.* ut magis in propria causa, quam aliena transigere videatur. *l. qui stipendia. 19. C. de procur.*

5. Sed procurator ad agendum vel defendendum datus transigere non potest, nisi litis quoque decisio specialiter ei mandata fuerit. *l. transactionis. 7. C. hoc tit. c. qui ad agendum. x. de procur. in 6.* fines enim mandati diligenter custodiendi sunt. *l. 5. ff. mand.* at qui transigit, litem non movet, sed finit, unde nec mandato generali contineri transactionem decidendi causa interpositam responsum est. *l. mandato. 60. ff. de procur.* hoc est, ut ego interpretor, atque ex ipso textu elicere videor, ne is quidem, qui simpliciter aut generaliter procurator ab aliquo constitutus est, etiam transigendi licentiam accepisse intelligitur, sed litium duntaxat exercendarum potestatem; ut proinde irrita sit & hujus procuratoris transactio citra speciale mandatum, aut ratihabitio-
nem

nem mandantis; quæ etiam Eguin. Baronis in *d.l.mandato.* & Franc. Duareni cap. 1. *ad h. tit.* sententia est. His porro & illud consequens, nec actores defensoresve civitatis, municipii, aut corporis alicujus transigendi potestatem habere, extra quam si speciale ad hoc mandatum habeant: & argumento est, quod nec aliter jusjurandum deferre queant. *l. jusjurandum.* 34. §. 1. *ff. de jurejur.*

6. At vero procurator, cui generaliter libera bonorum omnium administratio commissa est, transigere, aliaque omnia facere & audacter administrare potest, quæ dominus ipse faceret, si præsens adesset. *l. procurator.* 58. *ff. de procur. l. nam & nocere.* 12. *ff. de pact. l. jusjurandum.* 17. §. *ult. ff. de jurejur.* nec interesse putamus, utrum simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo *libera*: nam & illi libera, & neutri amplius, quam administratio permissa est: quodque uni licet, alteri quoque licere ex collatione *d. l. procurator. & d. l. nam & nocere.* multarumque aliarum, quas congessimus in *comment. ad* §. *nihil autem.* 42. *Inst. de rer. div.* manifeste apparet. *add. Duar. ad. l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. *ff. de acq. poss. Don.* 4. *comment.* 15. *Vaud.* 1. *quæst.* 47. ubi tritam illam distinctionem inter procuratorem omnium bonorum simplicem & cum libera, ut commentitiam merito improbant. Neque tamen cum dicimus eum, cui rerum omnium libera administratio permissa est, transigere posse, hoc sic accipi volumus, ut possit etiamsi paratas habeat probationes, quibus id, quod intendit, aperte queat ostendere: sed ut possit, quando probationes ei deficiunt, & in causa domini plane dubia atque incerta. In levi autem dubio, aut re, licet non usque certa, modico forte accepto a lite discedere non debet, & multo minus gratis remittere, quod domino deberi probe & plene docere potest: hoc enim non tam administrare est, quam profundere & dissipare. *l.* 7. *ff. de donat.* & huc fac. arg. ex *l. contra juris.* 28. *in fin. de pact. l. pactum.* 22. *C. eod. l. præses.* 12. *C. hoc tit. l. tutor.* 35. *pr. ff. de jurejur. l. Lucius.* 46. §. *ult. ff. de admin. tut.* unde temperandæ atque explicandæ *l.* 21. *ff. de pact. l. jusjurandum.* 17. §. 2. *ff. de jurejur.* & si quæ similes.

7. Idem juris, quod habet generalis omnium rerum procurator, habent & tutores & curatores; nam & ipsi de re pupillorum & adolescentium recte transigunt. *l. Lucius.* 46. §. *ult. ff. de adm. tut. l. si pignore.* 54. §. *ult. l. interdum.* §. 4. *ff. de furt.* non aliter tamen, quam si jus illorum obscurum & valde dubium sit, nec probationes suppetant, per *l. tutor.* 35. *ff. de jurejur.* aut si forte alias nihil sint consecuturi. Decidendi inquam, non deminuendi causa. *d. l. Lucius.* §. *ult.* Itaque recte Gail. 2. *obs.* 72. tum demum ait valere transactionem tutoris, quando de justitia pupillorum plurimum dubitatur: aut cum forte sumptus in exigendo & lite persequenda faciendi, excessuri sunt ipsius debiti quantitatem: nam & in dubio litis exitu præstat partem accipere, quam periculum amittendi totius subire: & satius est accepto aliquo a lite discedere, quam majores toto quod consequi possis, impensas facere. Illud in confesso est, si per transactionem tutoris aut curatoris res pupilli aut adulti immobilis, aut quæ mobilis ex earum numero, quæ recensentur in *l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.* in adversarium transferenda sit, eo casu etiam judicis decretum interponendum esse. *d. l.* 22. *l.* 4. *C. de præd. & al. reb. min. &c.* In eadem causa sunt & administratores civitatum, qui & curatores appellantur. Nam & illis permissum est de re civitatis dubia liteque incerta transigere: rem autem certam atque indubitatam frustra remittunt. *l. præses.* 12. *C. hoc tit.* ubi hujusmodi remissiones a curatoribus civi-

tatis factæ, ambitiosæ vocantur, & merito: non enim dubium est, quin eo facto affectent laudem liberalitatis aut splendoris, aliosque sibi cupiant gratia & beneficio demereri: ambitio enim gratiam & favorem significat. *l.* 3. *C. de execut. rei jud.* apud Cic. *lib.* 13. *epist.* religiose & sine ambitione commendare, est commendare sine favore apud Mecianum *l. servo.* 65. §. 2. *ff. ad Sen. Treb.* ambitiose jubere restitui, est gratiose & favorabiliter, *φιλοτίμως.* decurionum decreta varia ratione per gratiam expressa, ambitiosa appellat Ulpianus *l.* 4. *de decret. ab ord. fac.* ut & decreta præsidum, quibus ante legitimam ætatem adolescentibus rerum suarum committitur administratio. *l.* 3. *ff. de minor.* Objicit huic sententiæ Accursius rescriptum Severi & Antonini in *l.* 5. *C. de usur.* ubi tamen nihil simile.

8. Ajunt illic Impp. adversus creditorem, qui per certos annos minores usuras, quam cautæ erant, accepit, majores postea petentem, utilem esse exceptionem pacti: idque non tantum locum habere in privatis creditoribus, verum etiam adversus rempublicam sive civitatem, si forte defensores civitatis minores usuras longo tempore acceperint. Non ajunt, si id factum sit ab administratoribus, syndicis, aut curatoribus civitatis, quorum negligentia aut factum, extra id quod eis mandatum est, rempublicam obligare non potest, *l. civitas.* 27. *ff. de reb. cred.* sed si id fecerint civitatis defensores, id est, ipsi magistratus, qui totum reipub. corpus repræsentant, & quorum proinde negligentia, vel etiam ambitio civitati quoque quæ privatorum & communi jure hic utitur, *l.* 16. *ff. de verb. sign. l. nihil interest.* 15. *ff. de senat. Maced.* nocere queat.

9. Defensores autem civitatum passim in constitutionibus appellari ipsos civitatum magistratus, qui Græcis ἔκδικοι καὶ στρατηγοὶ dicuntur. *l.* θεσπίζομεν. 30. *C. de episc. aud.* satis nunc constat. *l.* 2. *C. de annal. except.* §. *nos autem. Inst. de Attil. tut.* & *tot. tit. C. de defens. civit.* Hoc vero discrimen cum Accursius & Accursiani interpretes non observaverint, magno molimine magnas nugas commenti sunt, ut videre est apud Sichard. in *d. l. præses. C. hoc tit.* An autem in casu hic proposito petenti reipublicæ concedenda sit in integrum restitutio, non est quæstio hujus loci. vid. Fort. Odd. *p.* 1. 4. 3. *art.* 9. & *ibi alleg.* Sichard. in *l.* 4. *C. quib. ex caus. major.*

10. Procurator autem Cæsaris sive principis, qui & rationalis, omnino transigere non potest: ac ne eo quidem casu quo rerum omnium procurator privati, aut curator civitatis de re domini aut civitatis recte transigit; id est, nec si jus principis ambiguum & obscurum esse constet, nisi specialis accedat Principis consensus: sic enim intelligenda puto verba Æmilii Macri in *l. nulli.* 13. *ff. hoc tit. nulli procuratorum Principis inconsulto Principe transigere licet*; id est, sine speciali Principis mandato. Excipiunt Glossa, Bart. Jas. nisi transigendo rem dominicam retineat, & tantum aliquid aliud vicissim det: quia utique meliorem Principis conditionem facere potest, per *l.* 1. §. 1. *ff. de offic. proc. Cæs.* quam exceptionem probat & Perez. in *Cod. hoc tit. n.* 4. Sed quid interest, rem, de qua controversia est, rationalis remittat, & aliud vicissim pro ea accipiat; an rem ipsam retineat, aliud vicissim det? Nam & hoc modo transigendo alienat, quod ei nullo modo permissum sine expresso consensu Principis. *d. l.* 1. §. 1. *ff. de offic. proc. Cæs.* Præstat itaque rejecta ista exceptione jus transigendi procuratori rei dominicæ simpliciter denegare cum Baldo, Castrens. Duar.; nisi ad hoc speciale mandatum habeat: maxime cum ita serviamus etiam verbis jurisconsulti

consulti

consulti in *d. l. nulli. hoc tit.* quod in re dubia melius esse docet Ulpian. *l. 1. §. licet autem. 20. ff. de exerc. act.* Enimvero si rationalis transigendo utiliter rem Principis gesserit, dubium non est, quin eam transactionem ratam habere Princeps possit. Sed hoc nihil ad propositum facit, cum & pupillorum & minorum curatorem habentium transactio, quatenus sibi prosunt, sustineatur, ut dictum supra circa initium hujus cap.

11. De illo non satis convenit an & quatenus patris de rebus filii transactio procedat & filio obsit. Et de bonis filii emancipati patrem transigere non posse Ulpianus in *l. de re. 10. ff. hoc tit.* respondet: nec mirum, cum filius emancipatus extranei loco habeatur. §. 3. *Inst. de hered. qual. & diff.* nemo autem de rebus extranei transigendi jus habet sine ejus mandato. *l. 3. pr. ff. hoc tit. l. si unus. 27. §. 4. ff. de pact.* qua de causa nec matris transactio liberis obest: nempe quia liberi matri extranei sunt. *d. §. 3. Inst. de hered. qual. l. 5. ff. de adopt. junct. d. l. 27. §. 4.* Sed & filius emancipatus, ut quivis alius paterfamilias pleno jure bona possidet. *l. paterfam. 182. ff. de verb. sign.* Utique tamen si filius emancipatus in prima adhuc ætate sit constitutus, pater, utpote qui legitimam ejus tutelam ex emancipatione nanciscitur, idem jus circa transactionem de rebus filii emancipati habet, quod cæteri tutores, & ita temperanda *d. l. de re. 10. ff. hoc tit.* Quod si filius sit in potestate? Distinguenda sunt pecúlia: nam in castrensi & quasi castrensi peculio filiusfamilias pro patrefamilias habetur. *l. 2. ff. de SC. Maced. l. ult. C. de inoff. test.* ac proinde patri hic nullum jus. Ex contrario peculium profectitium pleno jure est patris, & ideo de eo, tanquam de re propria, recte transigit. De bonis vero adventitiis ita statuendum. Quorum bonorum adventitiorum ususfructus ad patrem pertinet, de his quoque bonis transigere pater potest. Ratio est, quia pater non modo horum bonorum usumfructum habet, sed etiam legitimam administrationem. *l. ult. C. de bon. quæ lib. in potest.* Et quidni igitur idem hic jus patri ut administratori, concedatur, quod cæteri tutores & curatores habent in rebus eorum, quorum tutelam aut curam gerunt, ut scilicet etiam transigere pater de bonis istis filii in causa dubia liteque incerta possit. ita *Accurs. in d. l. de re. & cæteri ibid.* & in *l. præses. C. eod.* Non moveor objectione Cujacii, quod hoc admisso fieri possit, ut transactione fructuarii lædatur proprietas, quæ filio competit. Quid enim, an tutori potius aut curatori concedendum, ut pupillo aut minori plenam intervertant proprietatem? Præterea & patris hæc administratio privilegiata est: nam tutores & curatores pro administratione sua cautionem præstant. *tit. ff. rem pup. salv.* pater non præstat. *d. l. ult. §. 4. C. de bon. quæ lib.* quod haud dubie constitutum est ob reverentiam paternæ potestatis, & juris antiqui, quo proprietas quoque illorum bonorum patri quærebatur. Nemo igitur mihi dicat eum, qui plus præstat cautionis, etiam plus juris habere debere: nam etsi hoc procedit in personis ejusdem conditionis, minime tamen locum habet, ubi aliquid est in una persona, quod vel exæquet vel etiam superet qualemcunque cautionem alterius, ut in specie, quam hoc loco tractamus. Est tamen hic adhibenda distinctio aliqua ex *d. l. ult. §. 3.* videlicet, ut si filius sit justæ ætatis, tunc etiam filii consensus in litis transactione adhiberi debeat, sicut & in movenda actione; sin minus, patris solius sufficiat: qua distinctione etiam Cujacius in *d. l. de re. ff. hoc tit.* uti debuerat, non simpliciter filii consensum exigere. Superfluum jam & ineptum esset monere hic, non aliter patris super re filii propria transactionem procedere, quam si ex justa causa & bona fide transactio fiat,

quod

quod nonnulli faciunt, inter quos & Borcholt. *c.4.n.11.ad hunc tit.* Nam qui super re plane dubia & probationibus deficientibus aut cum consensu ejus, cujus res est propria, transigit, non potest non videri bona fide & justa ex causa transigere. Illud non ex certa aliqua & explorata auctoritate juris, sed ex communi interpretum sententia & probabili ratione receptum est, ut quamvis tutorum & curatorum de rebus pupillorum vel adultorum immobilibus, iisve mobilibus, de quibus Constantinus in *l. 22. C. de adm. tut.* transactio sine interpositione decreti magistratus non procedat, patre tamen de bonis filii adventitiis, ut fructuario & simul legitimo administratore, transigente decreto non sit opus. *Jas. & alii in l. præses. 12. C. hoc tit. Gail. 2. obs. 72. n. 14.* quam sententiam & Bachovius probat *c.3. de transact.*

12. Postremo & illud quæsitum est, an vasallus de feudo transigere possit inconsulto feudi domino. Et video plerisque placere hanc distinctionem, ut siquidem vasallus ipse feudum possideat, tunc sine consensu domini non possit neque in totum neque pro parte illud in alium decidendo transferre; ab alio vero possessum possit relinquere possessori. *Tiraq. de retract. gentil. tit. 1. §. 1. Gloss. 14. n. 66. Clar. §. feudum. quæst. 38. Wes. cons. 70. n. 13. Borcholt. de feud. c. 8. n. 44.* Cæterum hanc distinctionem non videntur pati posse textus in *c. un. de controv. int. vasall. & al. de ben. & c. si vasallus de beneficio, si de feud. def. contr.* quibus locis permittitur vasallo transigere cum adversario etiam in præjudicium domini & sine ejus consensu, dummodo fraude careat transactio: idque non modo si agat vasallus, verum etiam si conveniatur: quo tamen posteriore casu nihil in præjudicium domini vasallus facere potest, nisi in actorem feudum ipsum aut partem feudi transferat: nam rei non feudalis alienatio sicut jus domini omnino non lædit, ita nec consensum ejus ullo modo desiderat. Quamobrem rectius fortassis illi sentiunt, qui potestatem de feudo transigendi vasallo simpliciter concedunt, dummodo transigat bona fide & sine collusione: rejecta etiam illa aliorum distinctione, utrum transactio cum alio convasallo, an cum plane extraneo interponatur. *Alvarot. in d. §. un. vers. nota quod vasallus. Curt. de feud. part. 4. caus. 41. quæst. 7. Zas. part. 9. de feud. alien. Duar. §. 12. n. 10. Schenck. in d. §. si vasallus. add. decis. cur. Holland. 7.*

CAPUT IV.

De quibus rebus transigere possumus.

1. *Ut procedat transactio vel metus litis sufficit, ubi explicatur l. 65. §. 1. de condict. ind.*
2. *Transactio per calumniam expressa non valet.*
3. *Quacunque ratione res dubia sit, etiam citra litem aut metum litis, procedit transactio.*
4. *L. si de certa. 31. C. h. t. exposita.*
5. *De re judicata frustra transigitur.*
6. *Explicatur l. si causa. 32. C. h. t.*
7. *Quid si sententia jure non subsistat.*
8. *Quid si ab ea appellatum sit, aut appellari possit, aut in dubium vocetur, an judicatum.*

9. Quid

9. *Quid si restitutio in integrum impetrata, aut postulata adversus sententiam. ubi quædam notabilia in praxi.*
10. *Quid si super instrumento guarantigiato, post rem jurejurando decisam, post confessionem judicialem, transactio interposita.*
11. *Transactionem admittunt actiones omnes, tam in rem, quam in personam, etiam præjudiciales: ubi quædam non ubique obvia.*
12. *An transactioni locus in causis matrimonialibus.*
13. *Etiam quæ ex maleficio nascuntur actiones, cum civiliter agitur, transactionem admittunt, ubi nonnulla, quæ hactenus non satis explorata.*

1. OBjectum sive materia transactionis sunt res dubiæ & litigiosæ, de quibus scilicet vel nunc lis sit, vel in futurum esse possit, aut metuatur. *l.* 1. *ff. l.* 2. *C. h. t.* nam litem motam esse nihil necesse est: satis est, si esse poterit, & reus ob id aliquid dederit, aut caverit, quia lis metuebatur, exempl. *in d. l.* 2. *C. hoc t.* atque ita quoque nonnulli accipiunt, quod dicitur in *l. in summa.* 65. §. 1. *ff. de condict. indeb. quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur.* sed melius alii cum Accursio verbo *rei* istic debitum intelligunt, quasi JC. dixisset, licet debitum nullum fuerit, dummodo lis fuerit: hoc enim est, quod mox sequitur, *nam si lis fuit, &c.* cui ex aliis locis addendum, *aut timor futuræ litis*, utique quod transactionis causa datum est, tanquam indebitum repeti non posse, non uno loco traditum est. *l.* 2. *C. de cond. indeb. l. si non.* 6. *C. de jur. & fact. ign. l. si transactionis.* 11. *C. de non num. pec.* quippe cum non minor sit vis transactionis, quam rei judicatæ. *l. non minorem.* 23. *C. hoc tit.* quod autem ex causa judicati solutum est, jure condictionis non repetitur. *l.* 1. *C. de cond. indeb. l. si fidejussor.* 29. §. *pen. ff. mand.*

2. Plane si per evidentem calumniam transactio sit expressa, seu is qui sciens nihil sibi deberi, aliquid extorsit terrore litis, ut ab ea desisteret, tunc & transactio in specto exitu nulla est & repetitio datur. *d. l. in summa.* §. 1. *ff. de cond. indeb. l. cum hi.* 8. §. *si cum lis.* 20. *ff hoc tit.* quia non tam transactio, quam sordida concussio facta intelligitur. *l.* 1. §. *pen. ff. de calumn. Duar. c.* 2. *ad hunc tit. Tulden. ad Cod. h. t. n.* 1.

3. Sed et porro licet neque moveatur lis, neque metuatur, si tamen alia ratione res dubia et incerta sit, transactio valet; velut si spes fideicommissi propter incertum conditionis modico præsente accepto remittatur. *l.* 1. *C. de pact. l. de fideicommisso.* 11. *C. hoc. tit.* Idem est, si cui usufructus relictus sit, aut salarium annuum homini honestioris loci, quia incertum vitæ tempus rem aut quantitatem incertam facit. *l. cum hi.* 8. *si in annos.* 23. *ff. hoc tit.* Quamobrem somnium mihi obrepsisse videtur D. Zœsio *ad h. t. n.* 15. neganti res dubias ex alia causa, quam propter litem, ponere transactionis materiam. Eadem ratione & de alimentis relictis liceret transigere, quoniam nescitur, quamdiu alimentarius victurus sit. Sed alia ratio D. Marcum movit ne hic permitteret transactionem sine auctoritate prætoris *l.* 8. *pr. ff. hoc tit.* de quo postea uberius.

4. De re autem certa sive de negotio, quo nullum dubium est, nec lis, nec metus litis, transactio interposita nullius momenti est. Neque obstat *l. si de certa re.* 31. *C. hoc tit.* nam per rem certam, non quæ dubia non sit, sed non aliquam unam μίαν αἰτίαμ, non πρᾶγμα δῆλον, Imperatores eo loco intelligunt, et transactionem non nisi ad eam rem, de qua agitur, pertinere rescribunt, etsi verbis pacti, *nihil amplius peti*, adjectum

non ſit, *eo nomine*: quia nimirum id ſemper conſiderandum, quod actum eſt. *l. ſemper*. 34. *de reg. jur. l. qui cum*. 9. *in fin. ff. hoc tit.*

5. Quoniam igitur nulla tranſactio eſt niſi rei litigioſæ aut dubiæ, conſequens eſt de re judicata tranſigi non poſſe; utpote quæ finem controverſiæ inter partes facit litemque dirimit. *l. eleganter*. 23. §. 1. *ff. de cond. ind. l. ſi cauſa*. 32. *C. hoc tit. junct. l.* 1. *de re jud.* Non eſt contrarium, quod imperatores in *d. l. ſi cauſa.* addunt, *ſi non Aquiliana ſtipulatione & acceptilatione ſubſecuta competentem tibi actionem peremiſti.*

6. Poteſt enim ſtipulatio Aquiliana & acceptilatio donandi cauſa fieri, & per eam jus liquidum remitti. *l. & uno*. 18. §. 1. *ff. de acceptil.* §. 1. & 2. *Inſt. quib. mod. toll. obl.* quod cum ſit, non tranſactio eſt, ſed pura puta liberalitas; non minus, quam ſi pacto res certa & indubitata remittatur. *l.* 1. *ff. hoc tit.* imo vel magis, quia pactum tantum ad exceptionem prodeſt: acceptilatio etiam ipſo jure obligationem actionemque tollit. Quis vero eſt, qui non riſu dignum judicet in hunc modum argumentantem: actio rei judicatæ per ſtipulationem Aquilianam & acceptilationem perimi poteſt: Aquiliana ſtipulatio & acceptilatio in tranſactione locum habent. *l.* 2. *l. pacto*. 15. *hoc tit.* Ergo tranſigi poteſt ſuper re judicata. Quamobrem neſcio quid Donello in *d. l. ſi cauſa.* in mentem venerit, qui ſine ulla neceſſitate contra perpetuum Latini ſermonis uſum hæc reſcripti verba, *ſi non acceptilatione competentem tibi actionem peremiſti*, non pro conditione accipienda eſſe contendit, ſed pro ratione ejus, quod conſulenti reſponſum fuit; quaſi ſcriptum eſſet, *quia non peremiſti.* & qui hoc probari potuit D. Perezio *ad hunc tit. C. n.* 6. Plana eſt reſcripti ſententia, nimirum poſt rem judicatam, quæ neque appellatione, neque in integrum reſtitutione ſuſpenſa ſit, tranſigenti ſalvam manere judicati actionem, niſi eam interpoſita ſtipulatione Aquiliana, & ſecuta donationis cauſa acceptilatione peremerit: quippe quæ & pacto ex liberalitate remitti poteſt. *Paul.* 1. *ſent.* 1. §. *ult. Poſt rem judicatam pactum, niſi donationis cauſa interponatur, ſervari non oportet.* Et recte igitur etiam Græci ſub hoc tit. in Baſil. τοιγαρῦν ἐι μὴ ἀκυλανῆς ἐπερωτήσεως καὶ ἀποχῆς καὶ ἀμεριμνείας ἐπακολυθησάσης τὴν ἁρμόζυσάν σοι ἀνεῖλες ἀγωγὴν &c. eodemque modo reſcriptum iſtud explicant. *Accurſ. Salic. Jaſ. & alii. Mynſ.* 4. *obſ.* 47.

7. Cæterum ut tranſactio poſt rem judicatam interpoſita intelligatur nullas vires habere, neceſſe eſt, ut ſententia jure ſubſiſtat. *d. l. eleganter*. 23. § 1. *ff. de cond. ind.* nam ubi ſententia non valet, nec judicatum intelligitur. *l.* 4. §. *judicatum. ff. de re jud. l.* 4. *C. de ſent. & interloc.* veluti ſi ſententia non contineat abſolutionem aut condemnationem. *l.* 3. *C. d. tit.* ſi a non competente judice lata ſit. *l.* 6. §. *quid ſi.* 10. *ff. de injuſt. rupt. l.* 1. §. *ult. ff. ad Tertull.* ſi manifeſtum errorem contineat calculi. *l.* 1. §. 2. *ff. quæ ſent. ſin. app. reſc.* ſi ſine certa quantitate prolata. *tit. C. de ſent. quæ ſin. cert. quant.* ſi pronuntiatum ſit cauſa non cognita. *l. ex ſtipulatione.* 7. *de ſent. & interloc.* unde exempli gratia in *d. l. ſi cauſa*. 32. *C. hoc. tit.* exigitur, ut ſententia prolata ſit cauſa cognita. Denique ne ſingula commemorem (quod non eſt hujus loci) ipſo jure nulla eſt ſententia, ac proinde non impedit, quominus adhuc tranſigi poſſit, quæ lata eſt contra leges conſtitutionesve principum. *l.* 2. *C. quand. prov. non eſt nec. l.* 1. §. 2. *quæ ſent. ſin. arg. l. ſi expreſſim.* 19. *ff. de appell.* ubi, ut hoc obiter moneam, rigor rectitudinem ſignificat, ut apud ſcriptores de limitibus; & *contra juris rigorem*, J. C. idem

eſt

est quod contra tenorem & formam juris sicut apud Quintilianum. *lib.9.c.3. rigor orationis*, pro tenore perpetuo sui simili.

8. Sed nec satis est sententiam jure prolatam esse, nisi & effectum habuerit, atque, ut vulgo nunc loquuntur, transierit in vim auctoritatemve rei judicatæ. Nam si a sententia appellatum sit, placet adhuc transactioni esse locum. *l. & post. 7. ff. l. si causa. 32. C. hoc tit. l. eleganter. 23. §. 1. ff. de cond. ind.* & recte: nam per appellationem res eo deducitur, quasi nec judicata sit, & præcedens pronuntiatio interim pro extincta habetur. *l. 1. §. ult. ff. ad SC. Tertull.* Et sic hodie licet sententia lata sit a judice, a quo non provocatur, puta a Curia supremæ jurisdictionis sive provocationis ultimæ, adhud post revisionem impetratam de ea sententia recte transigitur; quia revisio speciem appellationis continet. *Bus. ad. d. l. & post. ff. hoc tit.* Quinimo etsi nondum appellatum sit dummodo appellari adhuc possit, nihilominus tamen de judicato transigere licet. *d. l. & post.* Eo amplius, si vocetur in dubium, an judicatum sit, an sententia valeat, an provocari possit, nec ne, transactio adhuc fieri potest. *l. post rem. 11. ff. hoc t. d. l. eleganter. §. 1. ff. de cond. ind.* Unde apparet omnino adhuc transigi posse post causæ conclusionem; quia etiam tunc adhuc est dubius litis eventus.

9. Porro cum quod jure communi appellatio facit, id in persona minorum efficiat restitutio in integrum. *l. præses. 42. ff. de minor. tit. C. si adv. rem jud.* ideo consulto Impp. in *d. l. si causa. 32. C. hoc. tit.* addunt, *vel integrum restitutionis solemnitate sententia suspensa non est.* Nam restitutione in integrum impetrata, imo & postulata tantum, omnia integra servari & in suo statu manere debent, neque ea pendente quicquam innovari, quasi dubia adhuc lis sit; atque interim executio sententiæ adversus minorem latæ suspenditur, haud secus ac si interposita esset appellatio. *l. un. C. in int. rest. postul. ne quid nov. junct. d. l. præses. & d. l. si causa.* Excipitur hic jure canonico, si causa restitutionis altiorem indaginem & inquisitionem desideret & æquum videatur sententiam interim executioni mandari. *c. suscitata x hoc tit.* At enim ea res non impedit, quominus & hic, utpote in re adhuc dubia & lite incerta, procedat transactio, quippe cum nec victori eodem jure permittatur sententiam pro se latam exequi, nisi prius idonee caverit, se redditurum, quod vi sententiæ perceperit, si in causa restitutionis obtinuerit adversarius. *d. c. suscitata.* quod jus quia summam rationem habet, non modo usu forensi ubique nunc receptum est; verum etiam longius productum, propterea quod plerumque remorandæ executionis gratia restitutiones postulantur. *Sande lib. l. 1. tit. 8. defin. 4. Neostad. decis. 73. supr. cur. Holl. Mynf. 1. obs. 48. & 6. obs. 80. Ant. Fab. C. suo for. defin. 1. ad tit. de in int. rest. post Tulden. ibid. n. 2. & 3. Christin. vol. 2. decis. 137. Duar. ad hunc tit. c. 2. Groenew. d. ll. abrog. ad d. tit. C. &* plures illic citati. Ut igitur concludamus cum Ulpiano in *d. l. eleganter. 23. §. 1. ff. de cond. ind.* quod rescriptum est, post rem judicatam interpositam transactionem nullius esse momenti, id tunc locum habet, cum de sententia indubitata, & quæ nullo remedio attentari queat transigitur. Cum autem hodie fere confusa sint pactionum & transactionum nomina, putant quidam non minus transactionem quam pactionem etiam de re judicata, aut alias certa atque indubitata interpositam nunc ratam esse. Autumnus *confer. du droict. ad l. 7. §. 1. h. tit. Groenew. de ll. abrog. ibid.*

10. De instrumentis guarantigiatis, quæ paratam habent executionem, idem hic

sta-

ſtatuendum eſſe, quod de re judicata, cenſet cum Bartolo & Baldo Buſius in *l. poſt rem. 7. n. 6. hoc tit.* quia talia inſtrumenta inſtar rei judicatæ ſunt certa; niſi quid in iis illiquidum ſit, aut niſi ſuper formæ aut fidei defectu ſit quæſtio, *arg. l. ult. C. plus val. quod agit.* tantundem dicendum eſt, ſi res jurejurando deciſa fuerit. per *l. 1. & l. 2. ff. de jurejur.* item de confeſſione judiciali, quoniam & ea certa eſt; cum confeſſi in jure pro judicatis habeantur, & ſua quodammodo ſententia condemnentur. *l. 1. ff. d. confeſſ.* niſi forte confeſſio per errorem facta ſit: quia non fatentur, qui errant. *l. 2. ff. eod. tit.*

11. Admittunt porro tranſactionem actiones omnes ſive in rem ſint, ſive in perſonam; nec tantum actio in rem ſpecialis. *l. ſi ſuper. 9. l. ſi pro fundo. 33. C. hoc tit.* ſed etiam univerſalis, ſeu qua de univerſitate agitur, puta petitio hereditatis. *l. 3. pr. l. controverſia. 14. ff. l. ut reſponſum. 15. C. eod.* querela inofficioſi teſtamenti. *l. cum mota. 6. C. eod. l. ſi inſtituta. 27. ff. de inoff. teſt.* Item actiones præjudiciales, quibus de ſtatu & conditione perſonæ agitur (quæ ipſæ in rem eſſe videntur. *§. præjudiciales. Inſt. de action.*) *l. ultim. C. hoc tit.* ubi tranſactio admittitur in cauſa liberali etiam contra libertatem. Sed nempe tranſactio illa non interponitur inter dominum & ſervum (quippe tranſactio inter dominum & ſervum conſiſtere nequit: quoniam quod in tranſactione requiritur, nihil ſervo, quod ejus proprium fiat, dari poteſt. *l. interpoſitas. 13. C. hoc tit. junct. l. acquiruntur. 10. §. 1. ff. de acq. rer. dom.*) ſed inter dominum & eum, qui ſervum in libertatem aſſerebat, ut deſiſtat. Cæterum ex quo Juſtinianus aſſertiones ſuſtulit, *l. 1. C. de aſſert. toll.* ſervus ad libertatem proclamans juxta *d. l. 1.* cum domino tranſigere poſſe cœpit, non ut liber fiat, quod pactione effici non poteſt. *l. ingenui. 6. C. de ingen. manum.* ſed ne amplius ei de libertate controverſia moveatur. Quare & ſi is qui ſe dominum dicebat, & tranſegit, vere dominus ſit, valebit tamen adverſus eum facta ſuper liberali cauſa tranſactio: & poteſt ſervus quæſita alicunde pecunia aliquid domino dare: *l. vix certis. 53. ff. de jud. l. 4. pr. ff. de manumiſſ. §. 3. Inſtit. de noxal. action.* Ex contrario autem, ut ſervus maneat tranſigi non poteſt, propter eandem rationem. *l. nec ſi volens. 6. C. de lib. cauſ.* neque in *d. l. ult. C. hoc tit.* poſt tranſactionem prohibetur nova in libertatem aſſertio, cum ea etiam poſt rem judicatam iterari potuerit: ſed rata interim habetur tranſactio, id eſt, tam diu vis tranſactionis durat, quamdiu incerta manet perſonæ ejus, cui controverſia ſtatus mota fuerat, conditio. At repertis forte poſtea novis inſtrumentis quibus nunc libertas probari facile poſſit, adhuc tamen jus in libertatem aſſerendi negare durum ſane fuerit, & perquam inhumanum in re omnibus aliis favorabiliore. Sed neque Juſtinianus in *d. l. 1. C. de aſſert. toll.* ſuſtulit licentiam proclamandi in libertatem: ſed difficultatem aſſertorum, & iterationem cognitionis; quippe bis terque repetere licebat. *d. l. 1.* quod & Cicero pro domo ſua ſignificat, cum ait, in ſola liberali cauſa rem judicatam referri licere: nempe ſi contra libertatem judicatum fuerat, non ſi pro libertate: nam ſententia, ſemel pro libertate dicta retractari non potuit. l. *ſi dolo 24. ff. de dol. mal. Hotom. ad d. l. ult. C. hoc tit. Cujac. par. C. de aſſert. toll.*

12. Quæſitum an ſuper cauſa matrimoniali tranſactio interpoſita rata haberi debeat, ſi forte parentes puellæ & juvenis controverſiam inde motam per tranſactionem voluerint amicabiliter componere. Et ſiquidem conſervandi matrimonii gratia tranſ-

transactio intervenerit, puta ut sponsa maneat sponsa, uxor maneat uxor, placet transactionem valere. Nam etsi antea sponsa non fuit, tamen ex novo isto consensu & transactionis placito sponsa esse incipit: & ita sæpissime matrimonia conciliari solent, patre puellæ majorem forte summam dotis nomine promittente. Et quamvis matrimonia libera esse debeant ab omni metu pœnæ, etiam pecuniariæ. *c. gemma.* 29. *X. de sponsal.* Attamen sæpe fit, ut quis spe lucri ad matrimonium invitetur; textus est notabilis in *l. Titio centum.* 71. §. 1. *ff. de cond. & dem.* Cæterum si transactio ad dissolvendum matrimonium comparata sit, quia forte pater puellæ certam pecuniæ summam promittit, ut juvenis ab actione obtentu matrimonii contra filiam instituta desistat, vel contra; talis transactio merito improbatur, propter indissolubile vinculum matrimonii. *c. fin. & ibi DD. x. hoc tit. ca. an quod &c. quos Deus.* 33. *quæst.* 2. *Schneid. ad.* §. *item si.* 11. *Inst. de act. n.* 38. *Alciat. in l. ult. C. hoc tit. sub fin.*

13. In actionibus quoque in personam nihil refert, utrum de una re dubia, an de pluribus contendatur: nam & de negotiis alienis gestis, de administratione tutelæ, sive de actionibus inde nascentibus recte transigitur. *l.* 3. *cum aliquot seqq. C. hoc tit.* Imo etsi ex maleficio nascatur actio, licita tamen est transactio, cum civiliter agitur. *l.* 7. *pr. ff. de cond. furt. l. interdum.* 56. §. 5. *de furt. l.* 13. *C. eod.* Licita est, inquam, de maleficio jam commisso: nam si nondum sit commissum & quid detur aut promittatur, ne fiat, aliud juris est. *l. jurisgentium.* 7. §. 3. *l. si unus.* 27. §. 3. & 4. *ff. de pact.* Atque hic transactionis etiam nudo pacto interpositæ interdum ea vis est, ut per eam ipso jure tollatur actio: ut actio furti & injuriarum: quia lex 12 tabb. his casibus pacisci expresse permisit. *l.* 7. §. 14. *l. si tibi.* 17. §. 1. *d. l. si unus.* 27. §. 2. *vers. sed si. ff. de pact. junct. l.* 6. *eod.* interdum per exceptionem, ut si transactum sit de actione legis Aquiliæ, aut interdicto unde vi, quatenus privatam causam contingit. *d. l. si unus.* §. 4. *vers. item ne.* Enimvero etsi actio nulla post transactionem superest; si tamen actio ex maleficio talis sit ut damnatum sequatur infamia, (quales actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo. *l.* 1 *ff. de his qui notant. infam. Inst.* §. 2. *de pœn. tem. litig.*) reus, qui transigit pretio dato, liberatur quidem ab actore: cæterum notam non effugit infamiæ. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *l.* 6. §. 3. *d. tit.* qui textus omnes de pacto transactionis causa facto loquuntur. Quod si quis gratis paciscatur, aut pretio quidem, sed prætore auctore, non notatur. *d. l.* 6. §. 3. & 4. Sed & si talis sit actio, ex qua damnatum non sequitur infamia, qualis est actio legis Aquiliæ, & interdictum unde vi, aliudve ex maleficio descendens (nullum enim interdictum famosum est, *l. neque.* 13. *ff. de vi. & de vi. arm.*) non notatur infamia, qui cum pretio seu dato aliquo paciscitur, licet sine prætore. Itaque manifeste fallitur Pacius ad *l. transigere.* 18. *C. hoc tit.* putans de delicto privato gratis tantum pacisci licere non data pecunia. Quod autem diximus eos, qui de actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, aut doli mali transigunt, seu pretio dato paciscuntur, infames fieri; id sciendum est pertinere ad transactiones, quæ fiunt post in jus vocationem, ubi jam in jure apud prætorem res agitur, aut post litem contestatam pendente judicio. Nam ideo hi infames fiunt, quia pro confessis habentur. *l.* 5. *ff. de his qui not. infam.* confessi autem pro judicatis. *l.* 1. *ff. de confess.* Secus igitur erit, si transactio facta sit judicio nondum instituto. Nam si ne vera quidem extrajudicialis confessio facit, ut reus habeatur pro judicato per *l. post rem.* 56. *ff. de re jud. l. un. C. de confess.* multo minus id efficiet ficta: siquidem plus valere fictio non potest, quam veritas. At ficta tantum est confessio, si quis pretio dato

paciſcatur. *d. l. 5. de his qui not. inf.* quare qui de furto, injuria, rapina, dolo tranſigit antequam cauſa apud prætorem aut in judicio tractari cœpta ſit, is in ea cauſa eſt, ut non notetur infamia. Quidam putant ne eos quidem, qui poſt acceptum judicium tranſigunt de his cauſis ex ſola pactione infames fieri: quoniam nec confeſſi in judicio apud judicem datum pro judicatis habentur, ſed pro convictis potius, utpote qui poſt confeſſionem etiam ſententia judicis adhuc damnari debent. *l.3.l.5.l.ult.ff. de confeſſ.* ut hæc confeſſio non tam judicati, ſicut illa, quæ in jure apud prætorem fit. *d.l.56.ff. re jud. d. l. un. C. de confeſſ.* quam probationis vim habere debeat. Sed non eſt abſoluta inter hæc convenientia: nam tranſactio fit ſine judice, nec eam ſequitur condemnatio: confeſſio autem fit apud judicem, cujus officium eſt, ut de ea re, de qua cognovit, etiam ſententiam ferat. *l. de qua.* 74. *ff. de judic.* Nec tamen hoc eo pertinet, ut in propoſito, puta de furto aut rapina confeſſus, per ſententiam infamis declaretur, aut demum pronuntiatione ſecuta infamis fiat: ſed præcipue reſpicit intentionem & petitionem actoris, ut judex juxta formulam a prætore datam, maleficio ipſa rei confeſſione ſatis probato, in duplum aut quadruplum convictum condemnet: infamia autem a jure eſt, & edicto notantur furti &c. non ſolum damnati, ſed etiam pacti. *l.* 1. *l.* 4. *§ ult. & 2. ll. ſeqq. ff. de his qui not. infam. §. ex quibuſdam. Inſt. de pœn. tem. litig.* Et alioqui non melior eſſet conditio reorum, qui actione famoſo ex contractu, puta depoſiti, mandati, &c. conveniuntur, atque eorum, qui ex famoſa delicto, contra expreſſa edicti verba, & *d. §. ex quibuſdam.* Longior fui in re non ſatis explorata: quanquam mores hodierni nonnihil diverſi. vid. *Groenew. de ll. abrog. ad §. ex quibuſdam. Inſt. de pœn. tem. litig.* De majoratu an tranſigi poſſit, vide *Gomeſ. ad l. Tauri.* 40. *n.* 86.

CAP. V.

De tranſactione facta ſuper his, quæ teſtamento relicta.

1. *De controverſiis ex teſtamento deſcendentibus tranſigi non poteſt, niſi inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, & quare.*
2. *Occurritur Cujacio & Ferreto, atque exponitur l.* 1. *§.* 1. *teſtam. quem. ap. adminiculante Græcorum auctoritate.*
3. *Declaratur. l.* 12. *ff. h. t.*
4. *Quid ſi tranſactio facta non adjecta clauſula,* cognitis verbis *&c.*
5. *Exponitur. l. Lucius.* 78. *§. ult. ff. ad* SC. *Trebell.*
6. *Quid juris, ſi quæſtio oriatur ex teſtamento nuncupativo.*
7. *Quid ſi tranſigentes inſpectioni tabularum renuntiaverint.*
8. *Quid juris, ſi huic renuntiationi acceſſerit jusjurandum.*
9. *An ſufficiat generalis renunciatio, ſaltem jurata.*
10. *An gratis paciſci liceat de hujuſmodi controverſiis non inſpecto teſtamento.*

1. DE controverſiis, quæ ex teſtamento (quo nomine etiam codicillos complector) oriuntur, placet non aliter recte tranſigi, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti. *l. de his.* 6. *ff. hoc tit. l.* 1. *§.* 1. *ff. quemadm. teſt. aper. fac. l. ille a quo* 13. *§.* 3. *ff. ad Sc. Trebell. l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.* & hoc ipſum Demoſthenes expreſſiſſe

vide-

videtur ἐν παραγραφῇ ὑπὲρ Φορμίωνος, in hæc verba, πρῶτον μὲν γάρ τις ἂν ἐνείματο τὰ πατρῷα, μὴ λαβὼν γράμματα, ἐξ ὧν ἤμελλεν εἴσεσθαι τὴν καταλειφθεῖσαν οὐσίαν; οὐδὲ, εἷς, δήπου. 1. *Quisnam patrimonium divideret non acceptis tabulis, ex quibus quantum relictum esset, cognosceret? Nemo sane unus.* atque hæc est exceptio regulæ quæ traditur in *l. sub prætextu.* 19. *C. hoc tit.* sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bona fide factam non rescindi. *fac. l.* 3. §. 1. *ff. eod.* Quod si testamentum a transigentibus inspectum sit, valet transactio etiam de legato aut fideicommisso conditionali, *l.* 1. *C. de pact. l. de fideicommisso.* 11. *C. hoc tit.* quamvis repudiatio non valeat. *l. si ita.* 45. §. 1. *de legat.* 2. de quo nos pluscula *c.* 18. *tract. de pact.* Cur autem placeat transactionem de controversiis ex testamento ortis non valere nisi inspectis cognitisque testamenti verbis, ratio hæc est, tum ne qui testamenta supprimunt aut consulta opera diutius occultant, iniquum lucrum inde capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum, & modicum forte præsens, pro relicto alicujus momenti, quod ipsis incertum est, accipiendum. *arg. l.* 8 *pr. ff. hoc tit.* tum quod alias per hujusmodi transactiones facile circumveniri possent supremæ hominum voluntates, quas exitum habere etiam publice interesse creditur. *l. vel negare.* 5. *ff. test. quemad. aper. ita Bart. & DD. in d. l.* 6. *Sand. l.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15. *& alii.* Quæ profecto ratio non est inepta, quamvis id Cujacio in *l.* 1. *ff. hoc tit.* videatur: nam & eadem ratio fecit, ut ne super alimentis testamento relictis sine prætore transigi possit. *d. l.* 8. *pr. eod.*

2. Putat Cujacius (quod & Æmilio Ferreto videtur) *d. l.* 6. *ff. hoc tit.* aut peregrinam esse, aut a proposito alienam: nam apud Gajum in *d. l.* 1. §. 1. *ff. test. quem. aper.* transigendi verbum non ad conventa, sed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem responsi in hunc titulum conjecit, nimirum illam ipsam *l.* 6. *hoc tit.* cujus tamen sententia falsa sit, si verbum istud referas ad conventa seu composita. Imo contra verba hæc, *neque sine judice transigi*, quæ sunt Gaji in *d. l.* 1. §. 1. *test. quem. aper.* non ad judicata aut sententias judicum, sed ad conventiones referenda esse, vel illud argumento est, quod alioqui in absurdam & stultam exeunt locutionem. Quis enim ita loqueretur, sine judice judicari non potest? aut quis unquam mortalium de eo dubitavit? Sed etsi ponamus Tribonianum verba Gaji alio sensu, quam ipsum Gajum accepisse: adhuc tamen non quod Gajus sensit, sed quod secundum intellectum Triboniani sanxit Justinianus pro jure habendum erit. Sed non est obscura Gaji sententia, & nempe hæc neque partes transigere posse de testamento relictis sine judice, apud quem scilicet tabulæ aperiri solent, neque aliter judicem judicare, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, non quod ipsa transactio auctoritatem judicis desideret, sed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, si quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter transigere possit. *a. l.* 1. *pr. l.* 4. *l.* 5. *ff. test. quem. aper. l. testamenta.* 18. *C. de testam.* quomodo & Wesenbecius *parat. ff. d. tit.* Costalius in *l.* 6. *ff. hoc tit.* Borcholt. *c.* 3. *de transact. n.* 14. qui & merito ibi notant Accursium, Bald. Bart. quod plus hic sententiæ judicis tribuunt, quam privatorum transactioni, quasi judici liceret, etiam sine inspectione tabularum, sententiam ferre. Sed & postquam hæc scripseram, animadverti Græcos quoque quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius solet, non alio sensu, quam nos ea accipimus, verba Gaji reddidisse: sic enim illi synops. Basil. hoc tit. Περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλύεσθαι δυνατὸν, οὔτε τὶ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομι-

ζομένων

ζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων. Neque enim opinor Græcos unquam usos esse τῷ διαλύεσθαι ἀντὶ τοῦ κρίνεσθαι ἢ δικάζεσθαι.

3. Non obstat. *l.* 12. *ff. h. t.* nam non est audiendus, qui facta inspiciendi copia, postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore relictum sit: apparet vero ex ipsis verbis in specie illic proposita factam transigenti fuisse testamenti inspiciendi copiam atque ab eo inspectum lectumque, quamvis forte oscitanter, quod suæ imputare debet negligentiæ.

4. Utique non eo minus rata esse debet transactio, quod adjecta non sit clausula *visis cognitisque verbis testamenti*, dummodo doceatur contrahentes gnaros fuisse eorum quæ testamento cauta, licet tunc cum interponebatur transactio forte lectum non sit. *Bart. in d. l.* 6. *Fab. Cod. suo for. hoc. tit. defin.* 1. *Sand. d. loc.* Quando autem hæc scientia præsumenda sit, *vid. Menoch.* 6. *præf.* 23. *n.* 60. *Bart. in l.* 22. §. *ult. de V. O. n.* 13. *Christin. vol.* 1. *decis.* 4.

5. Frustra hic Ant. Faber objicit responsum Scævolæ. *l. Lucius Titius.* 78. §. *ult. ff. ad Sc. Trebell.* Nam in casu, quem illic Scævola proponit & decidit omnino credendum & præsupponendum est, omnia legitime fuisse acta: testamentum inspectum fuisse, atque ex verbis testamenti satis constitisse de fideicommisso: neque postea aliud voluntatis ultimæ instrumentum puta codicillos, quibus fideicommissario plus, quam testamento, relictum erat; sed alia, quæ plus in bonis defuncti fuisse ostenderent reperta. Valde autem jejunum est, quod ex Joanne objicit Accursius, post inspecta testamenti verba rem non amplius esse dubiam: quasi vero adhuc quæri non posset de mente & sententia testatoris, de viribus testamenti utrum Falcidiæ locus &c.

6. Quid autem dicemus de testamento nuncupativo? & siquidem, ut hodie fieri solet, probationis causa testamentum per notarium in scripturam redactum sit, idem omnino dicendum est, quod de testamento scripto: sin minus, non aliter transigi utiliter poterit, nisi examinatis testibus & cognitis testificatis, aut certe nisi aliunde partibus constet de dispositione testatoris, & quid ea contineatur. Nam omnino Bartolo in d. *l.* 6. *n.* 6. & Castrensi *ibid. n.* 7. assentior, sic in universum definientibus satis esse ut transactio valeat, si de tenore testamenti transigentes edocti fuerint, puta per notarium aut testes qui præsentes fuerunt, licet illud non inspexerint. Satis enim apparet ex textibus allegatis, nempe *d. l.* 6. *ff. hoc tit. d. l.* 1. §. 1. *ff. test. quemad. aper.* hunc esse unicum inspectionis finem, ut tenor dispositionis non ignoretur.

7. Sed quid si transigentes inspectioni testamenti renuntiaverint, an nihilominus inutilis futura est facta tabulis non inspectis transactio? Negat id quidem Accursius efficacem esse existimans renunciationem, propterea quod unicuique permissum est renuntiare iis, quæ pro se introducta sunt. *l. pen. C. de pact.* Sed magis est, ut adhuc transactio inutilis sit, & renuntiatio inefficax. Ratio est, quia legi prohibenti aliquid fieri, aut quid requirenti ad actus alicujus substantiam renunciare non licet. *l.* 5. *C. de legib. l.* 6 *C. de pact. l. nec ex prætorio.* 27. *de reg. jur.* Accedit & altera. quod tabularum inspetio in eorum odium, qui testamenta occultant, introducta est, nec tam in favorem transigentium, quam ipsius testatoris; cui favori utique alius renuntiare non potest. Eademque plane hic subest ratio, quæ in filiofam. renuntiante SC. Macedoniano, quem ideo huic SC. frustra renuntiare interpretes nostri recte tradunt, quia id factum est in odium fœneratorum, & non tam favorem filii, quam patris respicit. *l.* 1. *ff. de SC. Maced. Christin. vol.* 1. *decis.* 14. *n.* 5. & 6. Itaque minime obstat *l. pen. C. de pact.* quippe quæ lo-

loquitur de renuntiatione alicujus privilegii aut beneficii soli renuntianti & in ejus solius favorem concessi. Ita *Bart. Bald. Salic. Castr. Angel. Jas. in d. l. 6. ff. hoc tit.* sed nos paulo explicatius.

8. Porro hoc posito, de controversiis ex testamento emergentibus non licere transigere, nisi inspectis testamenti verbis, neque id jus labefactari simplici inspectionis renunciatione, quæsitum adhuc est ulterius, quid nempe juris sit, si huic renuntiationi accesserit jusjurandum. Dicendum est non eo magis transactionem valere: quoniam nulli actus jure nostro civili vetiti aut invalidi, robur a jurejurando accipiunt. *l. 5. C. de legib.* Cæterum si de jure canonico quæratur, aliud dixerim. Etenim jure canonum non alii actus simpliciter prohibiti atque invalidi sunt, quam qui offendunt pietatem, & peccatum fovent nutriuntque, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius adhuc peccatum, quod juvaveris, servare. At enim causa, ob quam transactio de rebus testamento relictis tabulis non inspectis facta improbatur, tota est juris mere positivi: neque enim qui citra illam inspectionem transigit, eamque transactionem ratam habere mavult, quam infringere, potest dici peccare, aut quid quod natura turpe iniquumque sit, facere, sive inspectioni renuntiaverit, sive non renuntiaverit. Jam vero jure canonico juramenta omnia sponte præstita sine exceptione servanda sunt, quæ nihil impietatis, turpitudinis aut iniquitatis continent, & generaliter quæ non vergunt in dispendium æternæ salutis. *C. inter cætera. causa* 22. *quæst.* 3. *C. cum contingat. x de jure jur. C. quamvis. de pact. in.* 6. *& ibi Covar. p.* 2. §. 4. *n.* 5. atque hæc communis quoque est interpp. sententia, *Borcholt. tract. de transact. c.* 3. *n.* 21. *& seq. Sande lib.* 4 *tit.* 5. *defin.* 15. qui plures allegant.

9. Cæterum non sufficit generalis renuntiatio, quantumvis jurata, puta omnis juris & auxilii, aut juris omnis, quod renuncianti competit, vel competiturum est ex testamento vel ab intestato, aut mentionem esse factam alicujus testamenti in genere: sed ut juranti obstet, desideratur renunciatio specifica inspectionis ejus testamenti, ex quo jus illud dependebat. *Bart. & Jas. in l. qui Romæ.* 122. §. *ult. ff. de verb. oblig. Rol. a Valle vol.* 1. *cons.* 13. *n.* 27. *& seqq. Tiraquel. in præfat. l. si unquam. C. de rev. don. n.* 161. *Cacheran. decis.* 112. *n.* 10. *& seqq.* Et hinc illa pragmaticorum cautela, ut is, qui cum aliquo transigere cupit de re testamento relicta, instrumento transactionis curet inseri, *viso perspectoque testamento. Bart. Castr. in l. 6. ff. hoc tit. Sichard. in l. sub prætextu.* 19. *n.* 7. *Leonin. cons.* 32. *n.* 13. *Gail.* 2. *obs.* 139. *n.* 10. *Sande ubi supra.* Igitur ut concludamus, irrita est transactio de controversiis ex testamento descendentibus facta sine tabularum inspectione, licet huic inspectioni renunciatum fuerit, nisi jurejurando firmata sit renunciatio: quod tamen temperamentum non tam auctoritate juris civilis, quam ex dispositione Canonum defenditur, quibus recte & Dei verbo convenienter omne jusjurandum, non impium, nec iniquum aut turpe sine exceptione servari jubetur.

10. Cæterum cum Gajus utroque illo loco, nempe & in *l. 6. ff. hoc tit.* & in *l.* 1. §. 1. *ff. test. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de transactione, dubitari adhuc potest de pactione gratuita an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus ante inspectionem tabularum pacisci, litemque gratis remittere. Accursius putavit non magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo transigere; cujus sententiam secuti sunt

Bart. Bald. & Angel. in d. l. 6. Contra vero *Albericus de Rosate*, *Guilielmus de Cumo*, *Castr. & Jas.* paciſci de his gratis licere, quamvis tranſigere non liceat & noſtro quidem judicio rectius. Nam quod Accurſius, eumque ſecuti pro vero ſupponunt eandem hic eſſe pacti gratuiti & tranſactionis rationem, falſum eſt & πρῶτον ψεῦδος. 1. Longa enim inter pactum & tranſactionem in caſu propoſito differentia eſt: quippe quit tranſigit, accepto forte minimo pro magna ſumma, decipitur, cum utique velit habere, quod ſibi teſtamento relictum eſt; at is, qui ultro totum remittit, non decipitur, & poteſt quilibet jus ſibi delatum repudiare. Fruſtra vero pro contrariæ ſententiæ firmamento adducit Bartolus *l.* 3. §. 1. *l.* 9. §. *ult. ff. hoc tit. l. tres fratres.* 35. *ff. de pact.* ſi quidem omnibus iſtis locis aperte agitur de tranſactione ſeu pacto decidendi cauſa interpoſito. Sed ponamus ita, ſit in caſibus illic propoſitis pacti & tranſactionis eadem ratio: quid tum poſtea? Neque enim dicimus pactionem gratuitam valere omni caſu, quo tranſactio non valet; ſed utilem eſſe in quæſtione propoſita, licet tranſactio ſit inutilis. Ac tametſi verum eſt, quod Paulus *l.* 1. *ſent. tit.* 1. ſcribit, de his rebus paciſci nos poſſe, de quibus tranſigere licet; ex contrario tamen, de quibus rebus tranſigere non licet, aliquando paciſci poſſumus: verbi cauſa de re judicata aut jurejurando deciſa tranſigere non licet, paciſci tamen donationis cauſa poſſumus. Quapropter cum textus illi ante memorati *l.* 6. *ff. hoc tit. l.* 1. §. 1. *ff. teſt. quem. aper.* ſolummodo tranſactionem prohibentes, contineant aliquid ſingulare & tranſactionis proprium, temere ad pacta gratuita extendi non debent.

CAP. VI.

An & quatenus de alimentis tranſigere liceat ad *l. cum hi.* 8. *ff. h. t.*

SUMMARIUM.

1. *De alimentis præteritis tranſigere licet, non de futuris. & quæ ſit ratio differentiæ.*
2. *Orationes Principum cur etiam ſenatusconſulta appellentur.*
3. *Ratio juris tranſactionem de alimentis prohibentis.*
4. *Prætor pro tribunali de tranſactione alimentorum cognoſcere debet.*
5. *Cognitio hæc non eſt juriſdictionis ordinariæ, ſed ſpecialis conceſſionis.*
6. *Alimentorum appellatione quid contineatur.*
7. *Quid verbo victus.*
8. *Tranſactione de alimentis facta non continetur veſtitus & habitatio, & quam rationem hoc habeat.*
9. *Non ſemper quod in annos ſingulos relinquitur, alimentorum cauſa relictum intelligitur.*
10. *Quid ſi alimenta relicta ſint homini locupleti.*
11. *Quicquid ſit, quod alimentorum gratia relictum eſt, ad orationem pertinet.*
12. *Fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an uſusfructus debeatur.*
13. *Oratio tantum ad alimenta ſuprema voluntate relicta pertinet, non ad ea, quæ ex conventione debentur; cum ratione diverſi juris.*
14. *An etiam ad alimenta mortis cauſa ab inteſtato donata? ubi & inſignis error Borcholti notatur.*

TRACTATUR hæc quæstio ab Ulpiano in *l. cum hi.* 8. *ff. hoc tit.* & quidem satis copiose, adeo ut quicquid circa hoc caput occurrere potest controversiæ, ejus decisionem facile eodem in loco reperias. Nos pleraque ordine arbitrario excutiemus & sicubi opus erit, etiam apertius declarabimus.

1. Igitur cum quæritur, an transactio de alimentis valeat, ante omnia distinguendum est inter alimenta præterita & futura: nam de alimentis præteritis transigi etiam inconsulto prætore potest: de futuris autem alimentis transigere non licet nisi interveniente auctoritate & decreto prætoris vel præsidis. *l. de alimentis.* 8. *C. hoc tit.* Ratio differentiæ est, quia ex præteritorum transactione nullum alimentario periculum est, sicut ex futurorum: nam per transactionem de futuris intercipi alimenta & relinquentis consilium inane atque irritum fieri: cum autem de præteritis fit transactio, jam causa illa metuendi ne alimenta intercipiantur sublata est. Imo præterita alimenta proprie non sunt alimenta; sed ita dicuntur relatione facta ad id tempus, ad quod testator ea destinaverat: & ideo in oratione Divi Marci non additur *de futuris. d. l. cum hi. ff. hoc tit.* & in *d. l. de alimentis. C. eod.* quæ orationem interpretatur, præterita alimenta dicuntur annorum præteritorum, futura insequentium.

2. Jus hoc primum introductum est oratione Divi Marci, teste Ulpiano in *d. l. cum hi. ff. h. tit.* At idem tamen Ulpianus hoc tribuit senatusconsulto *l. eleganter.* 23. §. 2. *ff. de cond. indeb.* nimirum quia, uti moris erat, in sententiam orationis Divi Marci postea etiam senatusconsultum conceptum & factum est. Solebant enim olim Principes orationes in senatu habere, aut scriptas ad senatum mittere, in quarum sententiam postea senatusconsulta concipiebantur. *l. oratione.* 16. *ff. de rit. nupt.* Tacitus *lib.* 11. *Annal. Orationem Principis secuto patrum consulto primi Hedui senatorum in urbe jus adepti sunt.* Sic oratio Divi Hadriani de petitione hereditatis. *l. si & rem.* 22. *ff. de hered. petit.* senatusconsultum passim appellatur. *l. item veniunt.* §. *præterea.* 6. & *seqq. eod.* & quod oratione Imperatoris Severi cautum dicitur ne tutores & curatores prædia rustica vel suburbana distrahant, *l.* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut.* alibi adscribitur senatusconsulto. *l. non fit.* 12. *ff. d. tit.*

3. Rationem hujus juris obiter indicat JC. in *d. l. cum hi.* nimirum ne homines tenues & exiguæ fortunæ, quibus plerumque alimenta relinquuntur, neglectis futuris alimentis & modica pecunia præsente contenti, facile transigant. Cui accedit & singularis hujusmodi dispositionis favor, ne pia testatorum intentio & providentia, aliorum tenuitati & indigentiæ succurrere volentium eludatur, & alimentarius contra quam prospexerit testator, postea egeat. Etenim dubium non est, quin fiat contra voluntatem testatoris, si alimenta transigendo intercipiantur, qui ideo ea in annos singulos aut in singulos menses distribuit, ut esset legatario, quod quotannis aut quod mensibus ad

ſupremam uſque ſenectutem ſuppeteret. Voluit itaque optimus & prudentiſſimus princeps auctoritatem magiſtratus hic intervenire. Cæterum prior illa ratio ducta a tenuitate alimentarii tantum eſt προκαταρκτικὴ impulſiva ſeu irritatrix; & ideo ceſſante ea non protinus ceſſat vis orationis: nam ut eſt in *d. l. cum hi. §. nihil autem.* 7. etiamſi hi quibus alimenta relicta ſunt, ſatis ſint locupletes, tamen locum habet oratio: quod forte datum favori ultimæ voluntatis, tum & hoc fortaſſis conſideratum, poſſe fieri, ut quis bona ſua amittat & facultatibus exuatur, atque id etiam ſpectaſſe teſtatorem. An cauſa alimentorum inter cauſas pias numeranda ſit, *vid. Chriſtin. vol.* 1. *dec.* 160. Committitur hæc res prætori *d. l. cum hi. pr.* § 1. *& paſſim.* nempe in urbe: nam in provinciis ad proconſules & præſides ea cognitio pertinet, *d. l. cum hi.* §. *ſed nec.* 18. *l. de alimentis. C. eod.* interdum ad procuratorem Cæſaris in provinciis, aut præfectum ærarii in urbe res iſta ſpectat, nimirum ſi a fiſco alimenta debeantur. *d. l. cum hi.* §. *tranſactiones.* 19. Nam & alias de lite inter fiſcum & privatum procuratoris Cæſaris eſt cognitio. *l.* 1. *C. de juriſd.* Quod ſi citra auctoritatem prætoris tranſactio interpoſita fuerit, inutilis & nullius momenti erit, paſſim *d. l. cum hi.*

4. Debet autem prætor rem cognoſcere; adeſſe aut intereſſe negotio, aut tranſactionem citra cauſæ cognitionem probare non ſufficit. §. *ſi prætor.* 17. *d. l. cum hi.* cui loco fruſtra objicitur, quod rei etiam inique judicatæ auctoritati ſtandum eſt. *l. ſervo.* 65. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. l. ult. ff. de juſt. & jur.* Nam id demum verum eſt, ſi cauſæ cognitio præceſſerit. *l. ex ſtipulatione.* 7. *C. de ſent. & interloc.* ut recte Gloſſa, licet a Caſtrenſi improbata & tunc idem locum haberet etiam in caſu noſtro. Sed nec in *dd. ll.* quicquam contra formam juris factum proponitur, uti hic fit, ubi hæc forma tranſactioni præſcribitur, ut fiat auctore prætore adhibita cauſæ cognitione. Et quidem more majorum pro tribunali rem excutere & tranſactionem probare prætorem oportet, non ex plano: quæcunque enim cauſæ cognitionem & decretum deſiderant, per libellum expediri non poſſunt. *l. nec quicquam.* 9. §. 1. *ff. de offic. proconſ.* & ideo ſi de plano tranſactionem permiſerit prætor, non eo magis rata erit tranſactio. *per l. minorum. C. de præd. minor. l. a procedente. C. de dilat.*

5. Cognitio hæc non eſt juriſdictionis ordinariæ ſeu proprie ſic dictæ & genuinæ, ſed extraordinariæ & adventitiæ, atque ex eorum genere, quæ magiſtratui competunt non jure ſui magiſtratus, aut vi juriſdictionis ſuæ, ſed ex ſpeciali conceſſione legis aut Principis: & ideo nec mandare ex hac cauſa prætor Juriſdictionem ſuam poteſt, ſed ipſe cauſam cognoſcere debet. *d. l. cum hi.* §. *ſed nec.* 18. *junct. l.* 1. *pr. ff. de offic. ejus cui mand. juriſd.* de quo nos magis ſerio in *tract. de juriſd. c.* 8.

6. Alimentis legatis reſponſum eſt cibaria, & veſtitum & habitationem deberi, quia [illegible]e his ali corpus non poteſt: cætera autem, quæ ad diſciplinam pertinent, non con[illegible] [illegible]niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe probetur. *l.* 6. *& l. ſeq. l. ult. ff. de alim. leg.* Itaque tineri, [illegible]mentorum appellatione continentur non ſolum diaria, ἡ τροφὴ ſed etiam generali al[illegible]ratio, ἡ ἐσθὴς καὶ οἴκησις. Diariorum vero vel cibariorum appellatio veſtiaria & hab[illegible]m legatis, neque habitatio, neque veſtiarium debetur, ſed cibus anguſtior eſt, his en[illegible]ntaxat & potulenta, τὰ σιτία *ſpijs en drank.* Et ſic nos ſermotantum, ſeu eſculenta d[illegible]ter *onderhoud en koſt*, quorum illud alimentis, hoc cine vernaculo diſtinguimus [illegible]*rod. ad juriſp. Bat.* 22. ubi male in margine nomen bariis reſpondet. *Grot. lib.* 2. *in*[illegible] *victus* poſitum ad declarandum.

7. Bel-

7. Belgicum *kost:* nam verbo *victus* continentur non solum quæ esui potuique sunt destinata, sed etiam vestimenta, & cætera, quæ ad vivendum homini necessaria sunt. *l. verbo victus.* 43. *cum* 2. *ll. seqq. l. quos nos.* 234. §. 1. *ff. de verb. sig.* ac proinde & habitatio, *huisvestinge*: siquidem nihil plane interest, victus, an alimenta legata sint. *l. ult. ff. de alim. legat.* Atque eadem fortasse res causam errandi dedit Groenewegio *tract. de ll. abrog. ad l.* 6. *eod. tit.* dum Latinum *victus* explicat per Belgicum *kost*, eoque negat habitationem contineri: quasi nomine Belgico *kost* etiam vestimenta continerentur, contra quam Grotius *d. loc.* & Latino verbo *victus* non contineretur habitatio: in quo utroque falli eum manifestum est. Nec quicquam juvat Groenewegii explicationem, quod in *d. l. verbo victus.* 43. *&* *seqq.* nulla habitationis fiat mentio. Hoc enim nemini mirum videri debet, cum illic agatur de victu exhibendo debitoribus, quos creditor judicatos sibi & addictos, donec solverent, quod in condemnationem deductum erat, domi suæ nexos & vinctos tenebat: nam his ex lege duodecim tabularum, nisi de suo vivere mallent, creditor alimenta victumque præbere cogebatur, ut a doctis viris pridem observatum est.

8. Cæterum hoc jam posito, alimentorum appellatione & cibaria & vestitum & habitationem contineri, qui fit, dicat aliquis, quod Ulpianus in *d. l. cum hi.* §. *qui transigit.* 12. negat eum, qui de alimentis transigit, de habitatione aut vestiario transegisse videri. Respondeo eum, qui simpliciter de alimentis transigit, intelligi de alimentis in specie & maxime proprie dictis, id est, de cibariis, quibus proprie corpus nostrum alitur & sustentatur, deperditumque restauratur; non de vestiario aut habitatione transegisse; tum propter favorem alimentarii, quam ob causam Divus Marcus specialiter de singulis istis transigere voluit. *d.* §. *qui transigit.* tum propter strictam transactionis naturam. In testamentis autem plenius & liberalius defunctorum voluntates interpretamur. *l. in testamentis.* 12. *ff. de reg. jur. l. plenum.* 14. §. 2. *ff. de usu & hab.* Enim vero si de universis alimentis prætore auctore transactum proponatur, dicendum est non cibaria tantum, sed etiam habitationem, vestimenta, calceamenta, & cætera, quibus tegendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea transactione contineri. *d. l. cum hi.* §. *arbitratu.* 16. Potest autem quis & de re una aliqua transigere, veluti de habitatione, de vestiario aut calciario, arbitrio tamen prætoris. §. *sed & si.* 13. *& seq. d. l. cum hi.* sicut & de parte alimentorum. *d. l.* §. *arbitratu.* nec obstat, quod legatum pro parte repudiari non potest. *l.* 4. *ff. de legat.* 2. nam qui de parte transigit, non repudiat eam, sed aliquid pro ea accipit. Nihil quoque interest, an relicta sint alimenta in singulos annos, an in menses singulos sive dies; perpetuo, an usque ad certos annos. *d. l. cum hi.* §. *sive igitur.* 3.

9. Plane non protinus quod in singulos annos alicui relictum est, alimentorum contemplatione relictum intelligitur: nam si homini honestioris loci certa quantitas in annos singulos relicta sit, puta salarium annuum, vel ususfructus, honoris potius, quam alimentorum causa id relictum intelligi debet; & ideo hoc casu transactio etiam sine prætore facta valebit: nisi forte ex circumstantiis appareat testatorem de alimentis sensisse, verbi causa, si modicum quid annuum, aut modicus ususfructus relictus sit, & præsertim si homini tenuiori: nam & minuta plerumque sunt, quæ alimentorum causa relinquuntur, & tenuioribus ἐπὶ τὸ πλεῖστον alimenta relinqui solent. Hæc vera est Ulpiani in *d. l. cum hi.* §. 23. sententia. Ac proinde male ex hoc loco.

10. Costalius & Busius colligunt, hominem honestioris loci de alimentis sibi relictis etiam inconsulto prætore transigere posse; omniaque privilegia, quæ alimentorum causæ tributa sunt, cessare, si alimenta relicta sint homini locupleti: nam cum quid nominatim alimentorum causa relinquitur, nihil interesse locupleti id, an pauperi relictum sit, manifeste liquet ex §. *nihil autem*. 7. *d. l. cum hi*. Ubi vero simpliciter aliquid in annos singulos relictum est, tunc adhibenda superior illa distinctio: & ita Paul. de Castro.

11. Quicquid autem alimentorum gratia relictum esse apparet, ad orationem pertinet. Unde etiam si integra quantitas alicui legata fuerit, ut ex usuris ejus se alat, & mortis tempore sortem restituat, non cessabit oratio, licet non in annos singulos id relictum videatur. §. *si integra*. 4. *d. l. cum hi*. Neque interest, utrum nummi, an vinum, oleum, frumentum ad alimenta sint relicta. *d. l. cum hi*. §. *si cui*. 24. In summa, etiamsi lis sit & dubitetur an alimenta debeantur, tamen de lite transigere inconsulto prætore non licet, ne circumveniatur oratio. *d. l. si cui*. §. *si cum*. 20.

12. Omnino autem nihil eorum, per quæ conditio alimentorum deterior reddatur, absque prætore fieri potest: veluti si agatur de fundo ad alimenta relicto distrahendo, vel de obligato in causam alimentorum liberando; nam neque legatus alienari, neque obligatus solvi sine decreti interpositione potest. §. *si uni*. 15. *d. l. cum hi*. Exoritur hoc loco quæstio, fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an ususfructus debeatur. Accursius ait proprietatem quidem legatam videri, sed interim duntaxat dum alimenta durant, atque hactenus, ut si quid superfluum inveniatur in reditu prædii, quam in quantitate alimentorum, id etiam sibi habeat legatarius. Albericus, Bart. Bald. Castr. Jason contra, tale legatum etiam ad heredes legatarii transire; quibus assentior. Nam & Modestinus in *l. 4. ff. d. alim. legat.* diserte ait ipsum prædium in proposito legatum videri, ut pleno dominio istud legatarius habeat, non per solum usumfructum, eoque post diem legati cedentem mortuo ad heredes ejus transmitti; & idem Ulpianus quoque non obscure indicat in *d. l. cum hi*. §. *si uni*. 15. cum ait prætorem de fundi ad alimenta legati distractione & transactione arbitrari debere: nisi enim tali legato proprietas pleno & perpetuo jure data intelligeretur, ne prætore quidem auctore ejus distractio fieri posset. Itaque licet facta sit alimentorum mentio, quæ morte finiri solent, tamen plena proprietas legata intelligitur, & in heredem, legatarii fundus ita relictus transmittetur, & consulto prætore etiam alienari poterit: quippe illa verba *ad alimenta*, magis ad causam legandi pertinent, quam ad usumfructum constituendum. *l. pen. in fin. ff. de alim. legat.* & ita etiam Cujacio videtur.

13. Pertinent autem hæc omnia ad alimenta, quæ testamento aut qua alia suprema voluntate defuncti relicta sunt: non ad ea, quæ ex conventione mortis causa debentur: nam de his etiam sine decreto transigi potest. *d. l. cum hi*. §. *hæc oratio*. 2. Differentiæ ratio petenda a favore propositi & enixæ voluntatis defuncti alimentario consultum cupientis; quam voluntatem ideo & senatus subsecutus est. In conventionibus vero non eadem est contrahentium providentia: sed promissor fere sibi potius consulit, quam alimentario, divisis scilicet pensionibus. Qua ratione etiam fit, ut alimentorum legatum sit multiplex, stipulatio una: ut legatum morte finiatur, stipulatio non item: quod tamen fieret, si creditori prospiciendi causa contrahere-

tur ſtipulatio. *l.* 4. *l.* 8. *l. cum in annos.* 11. *ff. de ann. leg. l. ſi Stichum.* 16. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Sed & obligatio ex conſenſu contrahentium orta, eorundem diſſenſu rectiſſime diſſolvitur. *l. nihil tam naturale.* 35. *de reg. jur. add. Moller. lib.* 5 *semeſt. diff.* 42. *Don. ad l.* 8. *C. hoc tit. n.* 8. Sive autem ultima voluntate teſtati, ſive extra teſtamentum ultima voluntate inteſtati alimenta relicta ſunt, oratio locum habet; nec refert per legatum aut fideicommiſſum relicta ſint, an conditionis implendæ gratia, aut mortis cauſa donata aut ab eo relicta, cui mortis cauſa donatum eſt. *d.* §. *hæc oratio.* nam & mortis cauſa donationes & capiones legatorum inſtar obtinent: & is, cui mortis cauſa donatum eſt, quaſi legatarius fideicommiſſo onerari poteſt. *l. ab eo.* 9. *C. de fideicomm.*

14. Sed tamen an oratio pertineat etiam ad alimenta mortis cauſa ab inteſtato donata dubitari poſſe ait Borcholtus *tract. de tranſact. C. c.* 3. *n.* 35. Ratio dubitandi, quia duplex ſit, inquit mortis cauſa donatio, una, quæ teſtamento relinquitur; altera, quæ fit ab inteſtato. *l. tam. is.* 25. *ff. de mort. ca. don.* prior illa duntaxat legatis comparatur, non item altera. *l. ſi filius.* 21. §. 1. *de leg. præſt. cont. tab.* Attamen, inquit, dicendum eſt etiam ad alimenta, quæ mortis cauſa donata ſunt ab inteſtato, orationem pertinere; quoniam JCtus non diſtinguit, utrum mortis cauſa teſtamento relicta, an ab inteſtato eadem contemplatione donata. Sed quis Borcholtum docuit donationem mortis cauſa poſſe teſtamento relinqui, aut ab inteſtato factam legatis non comparari? Utique hoc non didicit a Doctore ſuo Jacobo Cujacio, qui quidem *lib.* 3. *obſ.* 17. quod a D. Severo conſtitutum dicitur. *l.* 5. *C. ad leg. Falc.* ut legis Falcidiæ ratio etiam in mortis cauſa donationibus habeatur, reſtringit ad caſum facti teſtamenti: non autem quo donatio hujuſmodi teſtamento relicta. Longe enim aliud eſt in teſtamento aliquid dare, aliud facto teſtamento; cum id fieri poſſit etiam extra teſtamentum, & ita cape *d. l.* 25. *de mort. ca. don.* Sic codicilli teſtamento facto recte fieri dicuntur. *l.* 8. *l. ab inteſtato.* 16. *ff. de jur. codicil.* Nemo tamen dixerit codicillos in ipſo teſtamento fieri poſſe: quod non abſurdum tantum, ſed etiam contradictione implicatum eſt. Et quæſo quid aliud ſunt donationes teſtamento relictæ, quam ipſa legata. *l. legatum.* 36. *de legat.* 2. §. 1. *Inſt. eod.* Sed neque leges, quæ de comparatione aut exæquatione mortis cauſa donationum & legatorum loquuntur. *l. Marcellus.* 15. *l. & ſi debitor.* 17. *l. illud. ff. de mort. ca donat. l. ult. C. eod.* §. 1. *Inſt. de donat.* diſtinguunt, utrum teſtamento facto mortis cauſa donatio fiat, an non facto. Nam cum nihil commune habeat donatio mortis cauſa cum teſtamento, quid refert teſtamento condito facta ſit, an ab inteſtato? Agnovit hoc quoque poſtea Cujacius, & mutata in melius ſententia etiam in donationibus mortis cauſa ab inteſtato factis Falcidiam admiſit. *lib.* 20. *obſ.* 6,

15. Quod autem Marcianus in *l. ſi filius.* 21. §. 1. *de legat. præſt. cont. tab.* ait, ſi pater inteſtatus deceſſerit, ſuper donationibus mortis cauſa factis filium emancipatum queri non poſſe, quoniam eo caſu nulla occurrat donationis mortis cauſa cum legatis comparatio, in eo JCtus reſpicit ad edictum de legatis præſtandis contra tabulas bonorum poſſeſſione petita, quæ in eum ſolummodo caſum propoſita fuit, ubi teſtamentum factum eſt, & per contra tabulas bonorum poſſeſſionem everſum. Nam id edictum non abſurde ad donationes mortis cauſa produci, ubi teſtamentum conditum eſt, potuit. *d. l.* 21. *pr. eod. tit.* at non æque in caſu inteſtati petita bonorum

norum possessione unde liberi: quo casu si donationes immodicæ fuerint, non aliud remedium superest, quam querela inofficiosæ donationis. *tit. C. de inoff. donat.* Sed hæc ἐν παρέργῳ.

16. Vult igitur oratio prætorem hic intervenire, & apud eum quæri, utrum permittenda sit transactio, nec ne. In primis autem quærendum est de causa transactionis; nam neminem sine causa transigere volentem audiet prætor. *d. l. cum hi.* 8. §. 8. *& seq.* ubi & quid requiri in causis transigendi soleat, docetur. Deinde inquirendum de modo transigendi, & transactionis quantitas pro ætate & valetudine transigentis arbitranda. *d. l. cum hi.* §. *vult.* 8. *&* §. *modus.* in cujus §. fine quod dicitur alimenta cum vita alimentarii finiri, id quidem & ipsum obtinet, cum quid annuum aut in annos singulos relictum est citra contemplationem alimentorum. *l.* 4. *l.* 8. *ff. de ann. leg. l. si Stichum.* 16. *d. verb. oblig.* sed tunc cessat oratio. §. *si in annos.* 23. *d. l. cum hi.* Postremo & personæ transigentium considerandæ. *d.* §. *vult.* 8. & in persona alimentarii spectandum sit ne vitæ frugi, & qui alias sibi sufficere possit; an sequioris, qui de alimentis dependeat. In persona ejus, a quo alimenta relicta sunt, cujus sit propositi & existimationis, quæ ejus facultates. §. *sed &.* 11. *d. l. cum hi.* Ad personas quoque referri potest, quod nec plurium alimentariorum inter se facta transactio sine prætoris auctoritate rata sit, qui casus est §. *si uni.* 15. *d. l. cum hi.* Ratio est, quia in præjudicium alterius vergere transactio potest. Eodem quoque refero speciem §. *sed & si.* 5. *d. l. cum hi.* ubi dicitur orationis locum non esse legatario aut fideicommissario a quibus alimenta relicta sunt, transigentibus, nimirum etsi non licet alimentario sine prætore transigere cum eo, a quo alimenta relicta sunt, sive is heres sit, sive legatarius aut fideicommissarius; nihil tamen impedimento est, quo minus legatarius aut fideicommissarius cum herede de re aut quantitate sibi relicta transigant; cum horum transactione jus alimentarii non minuatur. *d.* §. *sed & si.* ubi pro *ad hoc* quidam codices habent *ab hoc*, ut Accursius notat, & rectius censet Cujacius, quoniam de relicto per fideicommissum agitur.

17. Quæri & hic potest, & solet idem, quod in transactione de controversiis ex testamento ortis, facta cum renuntiatione inspectionis tabularum, eaque jurata, ut cap. præced. quid scilicet juris sit, si alimentarius sine prætore quidem transegerit, sed transactionem firmaverit juramento, an non saltem jurata transactio de alimentis valere & rata atque efficax esse debeat, quamvis inconsulto prætore facta? & hic quoque eodem modo, quo illic, respondendum est; si de jure civili quæratur, nullos in universum actus illo jure invalidos aut legibus improbatos firmari accedente juramento. *l.* 5. *C. de leg.* Juris vero Canonici alia ratio est, quippe secundum quod jusjurandum omne validum est, quod sine dispendio salutis servari potest. *C. quamvis. de pact. n.* 6. Jam vero apertissimum est ob civilem duntaxat rationem transactionem hic prohiberi, alioqui & perpetua fuisset ista prohibitio, & semper solennitas ista obtinuisset, quæ tamen primum auctorem habet D. Marcum. Quod si naturalem aut moralem haberet prohibitionem, ne jure quidem Canonico juramento firmaretur. *c. non est oblig. de reg. jur. in* 6. *vid. Covar. in d. c. quamvis. p.* 2. §. 6. *n.* 12. *Fachin.* 3. *contr.* 21. Subjungamus nunc aliquot exceptiones sive casus, quibus transactio cum alimentario facta etiam citra prætoris auctoritatem rata habetur. Casum unum habemus in §. *cum transactionem.* 6. *d. l. cum hi.* nempe si alimentarius transigendo con-

conditionem alimentorum fecerit meliorem. Etenim Divo Marco propositum fuit alimentario prodesse, non officere, aut commodis ejus obstare.

18. Cæterum quod in *pr. d. §. eam transactionem.* dicitur oratione improbari eam transactionem, quæ ideo fit, ut quis repræsentatam pecuniam consumat, ei obstare videtur, quod mox subjicitur, posse & inconsulto prætore transigi, ut quod per singulos annos alimentario relictum est, consequatur per singulos menses; aut quod per singulos menses relictum, consequatur per singulos dies. Non enim perpetuum aut absolute verum est, quod Ulpianus ait, tali transactione meliorem fieri conditionem alimentarii: fieri enim potest, ut alimentarius pecunia repræsentata statim consumpta reliquum tempus egeat. Dicerem potius Divum Marcum eas solummodo transactiones prohibuisse videri, per quas alimenta intercipiuntur. In casu autem proposito, etsi unius anni aut mensis alimenta repræsentata citius consumpta sint, sequentium tamen annorum & mensium salva manent: & fieri ex contrario quoque potest, ut egeat alimentarius, si finito demum anno alimenta consequatur. Et hanc etiam ipsius Ulpiani sententiam fuisse arguit ratio, quam reddit in fine ejusdem loci.

19. Casum alium, quo transactio rata est etiam citra prætoris auctoritatem, habemus in *d. l. cum hi. §. ult.* nempe si ad habitationem relicta sit certa quantitas annua, & sine arbitrio prætoris ita transactum sit, ut præstetur habitatio. Ratio est, quia in hac specie satis fit voluntati testatoris. Illud enim curandum non est, quod ruinæ aut incendio subjecta est habitatio: nam & alias quoque ratio non habetur damni, quod non inconsulte, sed fato contingit. *l. verum.* 11. *§. item non.* 4. *ff. de minor. l.* 1. *§. si magistratus.* 11. *ff. de magistr. conven.* Ex contrario quoque si pro habitatione, quæ relicta erat, convenerit, ut certa quantitas præstaretur, valet transactio & citra prætorem. *d. l. cum hi. §. ult.* quoniam, ut recte Bartolus, per hujusmodi transactionem non receditur a forma legati, nec alimentarii conditio deterior efficitur, ut dici possit non satis fieri voluntati testatoris. Intelligendus autem haud dubio locus est de quantitate annua, & qua commoda habitatio conduci possit.

20. Potest denique huc referri & species *l. pen. d. l. cum hi.* quæ quodammodo media videtur: videlicet, si convenerit, ut alimentarius pro vino, & oleo &c. ad alimenta relictis, nummum quotannis aut quot mensibus acciperet: aut ex diverso, ut pro nummis eadem contemplatione relictis acciperet frumentum, aut alia ad victum necessaria, genere tantum mutato. Etenim transactio quidem etiam sine prætore in hisce speciebus fieri potest: cæterum non aliter, quam si utilis sit alimentario, recipietur: sin minus, rejicienda est; ejusque rei arbiter & disceptator prætor erit: quippe qui non tantum permittendæ transactionis causa decretum interponit ex SC. sed & cum se inconsulto transactio facta est, de ea disceptat, rejicienda ea sit, nec ne.

21. Antequam hinc abeo, hoc unum adhuc expediendum, an quis alimenta sibi relicta donationis causa ex liberalitate remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætorem pacisci liceat. Negat id Costalius in *d. l. cum hi.* & ita Glossam & DD. omnes sentire ait, præter Fulgosium. Utique non omnes, qui admittunt gratuitam de rebus testamento relictis pactionem sine inspectione tabularum eandem quoque admittunt in quæstione hic proposita: sed qua ratione moveri potuerint,

rint, ut in uno pactionem rejicerent, in altero admitterent, equidem non video. Nam illa Cujacii ducta a transactione ad pactionem, aut aliorum a favore ultimæ voluntatis, non magis in uno quam in altero locum habere potest. Et omnino veriorem hic quoque esse existimo sententiam affirmantium, Fulgosii, Jasonis, *Don. in l.* 8. *C. hoc tit. Conan.* 5. *commen.* 7. *Bachov. C.* 2. *ad h. tit. n.* 7. Cujus ego assertionis firmamenta hæc habeo. Primum, quia pactio nullibi prohibetur, sed tantummodo transactio, quæ prohibitio cum sit contra regulas juris communis, non est producenda ad consequentias. *l. quod vero.* 14. *& seq. ff. de legib.* Visum quippe est testatoris voluntatem conservari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non ei, qui contemneret. Et in eos duntaxat casus leges providere solent, in quos proclivior est excessus. *l.* 4. §. 1. *ff. ad SC. Vell. pr. Inst. quib. alien. lic. & tit. Inst. de leg. Fuf. Can. toll.* Nemo autem facile quicquam remittit gratis, quod donare est & perdere. *l. cum de indebito.* 25. *ff. de probat. l. si quis. ff. de novat.* Secundo quia unusquisque quod sibi relictum est, repudiare & contemnere potest. Et quæso qua ratione quis impedietur, quominus omittat & non petat, quod sibi relictum est? Quid denique interest utrum non petat prorsus repudietve, an remittat? Tertio quoniam in pacto simplici cesset ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris desiderat, ne scilicet alimentarius circumveniatur: neque enim qui ultro remittit, decipi videri potest; sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum præsens habere, quam singulis annis particulam. Non movet, quod ne fundum quidem in alimenta oppigneratum alimentarius liberare potest. §. *si uni.* 15. *d. l. cum hi.* nam qui vult alimenta persequi, sine prætore nihil facere potest, quo eorum conditio deterior fiat. Nec obstat ejusdem *l. cum hi.* §. *si prætor.* 17. quoniam illic non de alimentario remittente, verum de prætore negligente & citra causæ cognitionem transigi permittente agitur.

CAP. VII.

Quatenus in causis criminalibus transactio permissa. *ad l. transigere.* 18. *C. h. t.*

SUMMARIUM.

1. *Capitale crimen quid, & unde dicatur.*
2. *Capitale interdum id solum significat, quod vindicatur morte.*
3. *Ratio ob quam transactio in causa sanguinaria permissa tum reo, tum accusatori.*
4. *Reum quovis tempore transigere posse.*
5. *Accusatorem inchoata demum accusatione.*
6. *Confutatio distinctionis Pacianæ.*
7. *Occurritur D. Matthæo contendenti accusatorem post institutam accusationem impune non posse transigere.*
8. *Effectus hujus transactionis.*
9. *Per hanc transactionem non fieri præjudicium causæ publicæ.*
10. *Non eandem hic transactionis vim esse, quæ rei judicatæ.*
11. *Crimen non perimi abolitione.*
12. *An magistratus nullo existente accusatore, ex officio inquirere possit.*

13. *Trans-*

13. *Transigi non posse super crimine fustigationem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente.*
14. *An transactio permittenda in crimine majestatis & parricidii.*
15. *Explanatur l. ult. C. de abolit.*
16. *Quid si delictum tale sit, quod ordinaria pœna mortis non punitur; sed cujus pœna ex circumstantiis ad mortem usque extendi possit.*
17. *Crimen adulterii an tempore Diocletiani capitale fuerit, obiter.*
18. *Rationes, ob quas de prima regula l. transigere. excipiatur adulterium.*
19. *An licita transactio de raptu.*
20. *An de stupro.*
21. *An de incestu.*
22. *Exponitur l. 1. §. 3. ff. de calumniat.*
23. *An etiam pactio in criminibus non capitalibus prohibita.*
24. *Pœna post litem contestatam de crimine non capitali transigentium, tum actoris tum rei.*
25. *An reus pendente judicio transigens habeatur etiam pro condemnato.*
26. *Quid hic in pactione gratuita.*
27. *Quid in transactione aut pactione facta ante judicium institutum.*
28. *Notatur aliquid singulare in crimine adulterii.*
29. *An in privatis criminibus licita transactio.*
30. *Quibus rationibus moti plerique interpretes putaverunt crimen falsi excipi de regula secunda l. transigere.*
31. *Confutatio hujus sententiæ.*
32. *Verbum* citra *apud bonos auctores nunquam usurpari pro* præter, *ut sit nota exceptionis.*
33. *Apud auctores hujus rescripti semper pro* sine.
34. *Apud Papinianum l. ult. ff. de calumniat. notam exceptionis esse non posse.*
35. *Vocem* præter *non semper denotare exceptionem.*
36. *Postrema clausula hujus rescripti contineri legis sanctionem.*
37. *Refellitur prima exceptionis ratio.*
38. *Secunda ratio exceptionis rejicitur.*
39. *Ostenditur locos, qui ad probandam exceptionem afferuntur, nihil minus probare.*
40. *Verborum* citra falsi accusationem *verus sensus.*
41. *Francisci Hotomanni metathesis improbatur.*
42. *Dispositio* l. transigere. *hodie fere cessat & inutilis est.*

NON omnes causæ, quantumvis dubiæ, sunt idoneum subjectum transactionis: sed civiles duntaxat, non criminales: quippe in quibus non privata, sed publica causa agitur. Pactiones autem nisi quæ de re privata fiunt, non valent. *l. 6. §. si paciscar. 14. & §. generaliter. 16. l. si unus. 17. §. 4. l. jus publicum. 38. ff. de pact.* Enimvero admissa est species quædam transactionis in criminibus capitalibus, non equidem jure aliquo pactionis aut transactionis genuinæ, sed miserationis quadam ratione atque intuitu duntaxat. In quam rem extat rescriptum Impp. Diocletiani & Maximiani *l. transigere. 18. C. hoc tit.* in hæc verba: *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.*

Hujus rescripti duæ sunt partes: una est de criminibus capitalibus; altera de non capitalibus.

1. Capitale crimen a capite dicitur, facinus nimirum capite luendum: nam capitale est, quod capitis pœna luitur. In sanctionibus antiquis *Capital* vocatur. *Cic.* 2. *de legib. Fest.* in voce *Capital. l. ult.* §. 1. *ff. de term. mot. l. omne delictum.* 6. §. *si quis.* 6. *ff. de re milit.* Est autem pœna capitalis per quam caput eximitur de civitate, sive id fiat morte sive maxima aut media capitis deminutione. *l. licet capitalis.* 103. *ff. de verb. sign.* Hinc capitalia judicia, quorum pœna vel mors est, vel deportatio sive exilium aut aquæ & ignis interdictio, vel metallum. *l.* 2. *ff. de publ. jud.* §. 2. *Inst. eod.* & rei capitalis damnatus, interpretibus Ulpiano & Africano, ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit. *l.* 2. *ff. de pœn. l. edicto.* 13. *ff. de bon. poss.* atque ita passim *l. eum.* 10. *ff. de jur. patron. l. qui cum.* 14. §. 2. *ff. de bon. libert. l.* 4. *pr. ff. si quis caut. jud. sist.* Græci in Basil. τὰ κεφαλικὰ θάνατον δηλοῦσι, καὶ πολιτείας ἐκπτωσιν. capitalia mortem significant & civitatis amissionem. Nimirum civitatis amissio morti similis est, & mors quædam civilis. §. 1. *Inst. quib. mod. patr. pot. solv. l.* 1. §. *filium.* 8. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Unde veteres dicebant, interire homines non solum morte, verum etim maxima & media capitis deminutione: *l. verum.* 63. §. *societas. ult. ff. pro soc.* Sed & omnis causa existimationis Latine loquentibus capitalis dicitur. *d. l. licet capitalis.* 103. *ff. de verb. sign.* quamvis civilis causa sit, nec ex ea sequatur capitis ulla deminutio, ut apparet ex oratione Ciceronis pro Quintio, & ita veteres glossæ, *capitalis* ἀτιμόποιος, id est, capitalis causa est, quæ irrogat infamiam, cum tamen per solius infamiæ irrogationem nemo capite minuatur. Sed hoc improprie & significatu latiore: credo quia viris bonis non minus acerba famæ & existimationis jactura, quam vitæ. Et ideo Modestinus in *d. l.* 103. *de verb. sign. licet*, inquit, *capitalis Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur: tamen appellatio capitalis, mortis, vel amissionis civitatis intelligenda est.* Et Cicero quoque *lib.* 9. *epist.* 21. *ad Pæt.* judicia capitis & famæ diserte separat.

2. Interdum vero *capital* id solum significat, ob quod caput non de civitate, sed de medio hominum tollitur sive cujus pœna mors est naturalis, & supplicium supremum. *l. relegati.* 4. *ff. de pœn.* ubi Marcianus mortis quæ sola est, pœnam capitis vocat, & deportationi opponit, & sic in *l. castitati.* 9. *C. ad leg. Jul. de adult. l. un. C. de crim. pecul.* §. *item lex Julia.* 8. & *seq. Inst. de publ. judic.* pœna capitalis, capitalis animadversio, supplicium capitale, pro summo accipitur, κατ᾽ ἐξοχὴν videlicet, ut & alias judicium capitale pro αἵματος δίκη, seu sola causa sanguinis. Atque in postrema hac significatione etiam in hoc nostro rescripto crimen capitale sumitur, nimirum cujus non alia pœna, quam mors est. Id vero ita esse & oppositio sequens *in aliis autem criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, &c.* demonstrat, atque ut hoc ab Impp. expressum non esset, ex aliis tamen locis sic hunc interpretandum esse disceremus. *l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.* ut taceam quod ratio, quæ hoc jus extorsit, idem manifeste ostendit. Falluntur autem nimis aperte, qui huc etiam pertinere putant crimina, quæ qualemcunque pœnam corporalem continent, puta fustigationem aut membri mutilationem, de quibus postea uberius.

3. Ajunt Impp. *Transigere vel pacisci de crimine capitali prohibitum non est.* Hæc pars rescripti prima. Admissa igitur hic est & pactio gratuita, & transactio; ut scilicet

cet & reo liceat etiam cum pretio pacisci, & accusatori cœptam accusationem deserere sive gratis sive accepta pecunia. Nimirum, ut ante quoque dixi, admissa est in criminibus capitalibus, id est, iis, quæ sanguinis pœnam irrogant, transactionis quædam species atque imago: quoniam & accusatori causam cœptam omittere, & reo permissum est accusatori, ut omittat, aliquid dare: in quo similitudo transactionis. Proprie enim nulla transactio, nullum pactum est, nisi de re familiari, & quam quisque, ut ad se pertinentem, remittere potest. *l. 7. §. si paciscar. 14. ff. de pact.* Ratio autem, ob quam transactio hic permissa, non alia est, quam respectus quidam miserationis, quod Principes ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit. *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.* ex humanitate sic interpretantes, si quid reus accusatori dederit eumve corruperit, quasi id fecerit territus potius gravitate & magnitudine periculi, salutisque & vitæ suæ redimendæ gratia, quam conscientia sceleris. Hoc autem admisso in persona rei, ut scilicet is de crimine capitali impune transigat, neque ob id pro convicto habeatur. *d. l. ult. ff. de prævar.* in consequentiam actori quoque impune esse debuit, si is ex pactione ab accusatione desisteret, accepta licet pecunia: cum alioqui transactionem nunquam sit admissurus, & ita futurum sit, ut miseris reis spes omnis redimendæ salutis suæ præcidatur. Proinde accusator desistens non modo non incidit in pœnam talionis, sed nec in pœnam SC. Turpilliani pecuniariam, de qua in *l. 3. §. ult. ff. de prævar.* neque etiam ut prævaricator damnari debet. *l. ult. d. tit.* Eadem ratione nec abolitionem ab accusatione desistens impetrare necesse habet. Etenim si desistere sine pœna SC. potest, qui Principe permittente desistit. *l. destitisse. 13. §. 1. ff. ad SC. Turpill.* poterit & qui desistit permittente jure publico. *l. Gracchus. C. ad leg. Jul. de adult.* Et igitur loci, quibus generaliter definitur eum, qui cum adversario de crimine transigit, incidere in pœnam SC. *l. 1. §. si quis. 7. l. 6. pr. l. in senatusconsultum. 15. pr. ff. ad SC. Turpill. l. 2. l. 3. C. de abolit.* aut restringendi sunt ad crimina non capitalia, seu quæ pœnam sanguinis non ingerunt, de quibus citra abolitionem transigere non licet: aut si ad crimina quoque capitalia eandem definitionem pertinere volumus, addenda erit exceptio, nisi ex transactione cum reo facta accusationem omiserit.

4. Et reus quidem quovis tempore impune transigere potest, id est, tam ante, quam post accusationem institutam: eadem enim utroque casu permissionis ratio est, eadem magnitudo periculi, sive accusatio immineat, sive pendeat, scilicet mortis, ut nulla plane hic occurrat distinctionis aut restrictionis ratio. Denique leges quoque, quæ reo in causa sanguinis transigere permittunt generaliter atque indistincte loquuntur. Sed de accusatore quæsitum est, an & ipsi utroque tempore permissa de crimine capitali transactio.

5. Et puto ego non esse. Ratio est quia ante cœptam accusationem minæ de accusando speciem concussionis habent: ac proinde si quis accusationem minatus non gratis sed accepta pecunia desistat, procul dubio incidit in crimen concussionis. *l. 2. ff. de concuss.* quod & Hotomannus bene observavit *c. 23. illust. quæst.* Deinde cum ut supera quoque diximus, transactionem hic defendat, aut excuset potius ratio miserationis, nulla hæc est respectu accusatoris, quo tempore liberam adhuc accusandi potestatem habet, aut non accusandi. Itaque non valet hic argumentum a reo ad accusatorem. Hoc ergo dicimus, accusatorem inchoata demum accusatione impune transigere: & ratio est, quoniam jam ipse quoque accusator sanguinem suum redimit propter

periculum talionis, quæ ex ſecutura mox in crimen ſubſcriptione eum manèt. *l.ult.C. de calumniat. l. ult. C.de accuſ.* Quid poſt inſcriptionem? Puto etiam tunc poſſe: quia cum eo tempore vel maxime talione obſtringitur, metu tanti periculi ab accuſatione deſtitiſſe videri debet. Video tamen hanc temporis in accuſatore diſtinctionem a pleriſque aut omitti, aut contemni, ab aliis nec reo ſemper parci.

6. Julius Pacius in *l. tranſigere. n.* 20. tribus modis contingere ait, ut accuſator accepta pecunia diſcedat a judicio. Aut enim mala fide, inquit, crimen intentavit, ut per concuſſionem metu illato pecuniam a reo extorqueret, nolens aliter quam accepta pecunia quaſi calumniæ pretio, reum dimittere: aut reus ſuæ cauſæ diffidens pecuniam dedit, ut accuſatorem corrumperet: aut denique pecunia data eſt, quia cum cauſa eſſet dubia, de ea tranſegerunt. Primo caſu punitur, inquit, accuſator propter calumniam & concuſſionem. Altero caſu punitur reus propter corruptionem accuſatoris: tertio caſu cum tranſactio eſt permiſſa, ut in ſpecie propoſita, neuter punitur. De poſtremo caſu facile Pacio aſſentior. Sed & de primo non repugno: nam ſi accuſator ipſe exigat pecuniam, nec alia lege ſe ab accuſatione deſtiturum minetur, vix eſt, ut accepta pecunia non incidat in crimen concuſſionis: quamvis ſi ultro oblatam a reo eadem lege acceperit, ignoſcendum ei videatur. Cæterum quod ſecundum caſum attinet, in eo prorſus a Pacio diſſentio, cum utique reo liceat quocunque modo ſanguinem ſuum redimere, atque accuſatorem ſuum etiam pretio dato corrumpere. *l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. ſent. l. ult. ff. de prævar.*

7. Antonius Matthæus *lib. de criminib. ad tit.* 19. *lib.* 48. *ff. c.* 7. converſo modo diſtinguit, contendens accuſatorem ante inſtitutam accuſationem abſque ulla fraude ſua tranſigere: poſt inſtitutum vero judicium, ſi tranſigat, incidere in SC. Turpillianum: quippe in quod incidant omnes, qui non impetrata abolitione accuſationem omittunt. *l.* 1. *l.* 2. *C. de abolit.* Itaque ex ſententia D. Matthæi nunquam ei, qui re ipſa accuſator eſt, impune licebit tranſigere; ſed ei duntaxat, qui τῇ δυνάμει, qui crimen comperit, & abuſive accuſator dicitur, propterea quod accuſator eſſe poteſt. Atqui diſerte reſponſum eſt eum, qui ob non accuſandum pecuniam accepit, concuſſionis teneri. *l.* 2. *ff. de concuſſ.* quo colore, ergo dicemus eum poſſe impune tranſigere? Rurſus ſi dicimus actorem poſt conſtitutum judicium tranſigentem incidere in pœnam Turpilliani, futurum eſt, ut ipſi quoque reo inutilis ſit tranſactionis permiſſio, eo quod metu hujus pœnæ a tranſactione deterrebitur actor; & ſic reo fructus earum conſtitutionum auferetur, quæ ſanguinem ſuum redimenti ignoſci volunt. Sed & omnino probabile eſt, reſcriptum ipſum Impp. directum fuiſſe ad accuſatorem poſt inſtitutam accuſationem de tranſactione meditantem & ſuper hoc conſulentem principes. Tametſi autem non quemvis actorem, crimine non probato, ſtatim talio manet, ſed eum duntaxat, quem calumniatum eſſe judex pronunciaverit. *l.* 1. §. 3. & 4. *ff. ad SC. Turp.* ſufficit tamen, quod ſimilitudine ſupplicii obligatus ſit, & non probato crimine ut calumniator damnari poſſit: etiamſi forte falſum crimen non intenderit, ſed tantum in probatione defecerit. Sed inquit D. Matthæus reſcriptum in *l.* 2. *C. de abolit.* non poteſt intelligi de crimine non capitali, cum eodem reſcripto jubeatur in reum inquiſitio fieri: de crimine autem non capitali tranſigens pro victo habeatur. *l. ult. ff. de prævar.* At inquam, ſic argumentando videtur vir doctus in partes noſtras tranſire, & fateri reum ſuper cauſa capitis tranſigentem pro victo non haberi, propterea quod in crimen adhuc inqui-
rendum

rendum sit: quod & nos ultro fatemur. Verum & hoc insuper addimus, non continuo etiam reum, qui de crimine capitis pœnam non ingerente transegit, ad supplicium rapi: sed quamvis gravissimo se oneret præjudicio & juris præsumptione, quod conscientia criminis adversarium corruperit, opus tamen adhuc esse ampliori cognitione antequam sequatur damnatio, ut recte Baldus in *d. l. transigere. columna ult. Borcholt. c. 3. n.* 88. *fac. l. ejus qui.* 29. *ff. de jur. fisc. l.* 1. §. *Divus.* 17. *de quæst.*

8. Effectus hujus transactionis est, ut neque reo, neque actori noceat, id est, ut nec reus transigens pro confesso & convicto habeatur (quod alias fieret. *l. ult. ff. de prævar.*) nec accusator in pœnam prævaricantium aut senatusconsulti Turpilliani, talionisve incidat, ut supra dictum est. Deinde reo non modo non nocet transactio, sed etiam prodest; nimirum ad hoc, ut idem ille accusator repetere accusationem non possit, sed reus ab illo liberetur: ait enim JC. in *d l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. sent.* reos sanguinem suum redimere posse, atque ita ab accusatore liberari.

9. Non tamen ob id præjudicium fit causæ publicæ, siquidem privata pactione publica coercitio tolli non potest. *l.* 5. *ff. de pact. dotal.* nec patitur publicæ disciplinæ vigor ut delicta maneant impunita. *l. ita vulneratus.* 51. §. *æstimatio. ff. ad leg. Aquil. l. locatio.* 9. §. *quod illicite. ff. de public.* Itaque cum hujus transactionis non ea vis sit, ut crimen perimat, sed accusationem duntaxat, & hactenus ut illa ab eodem repeti non possit, sequitur omnino reum adhuc aliorum accusationi obnoxium manere, cum publicorum judiciorum accusatio cuivis e populo pateat. §. 2. *Inst. de publ. judic.* At enim, inquies, non minorem authoritatem habet transactio, quam res judicata. *l. non minorem.* 20. *C. de transact.* absolutio autem a judice facta crimen perimit, ita ut nec alius ad accusandum eum, qui sententia judicis liberatus est, admittatur, nisi novus accusator suum dolorem persequatur, ignarus accusationis ab alio institutæ, aut priorem accusatorem prævaricationis convincat. *l.* 7. §. 2. *de accus. l.* 11. *C. eod. l.* 3. §. 1. *de prævar. l. si cui.* 7. §. 2. *ff. de accusat. l.* 9. *l.* 11. *C. eod.*

10. Respondeo, comparatio illa transactionis & rei judicatæ non procedit in omnibus: neque enim ut res judicata pro veritate habetur. *l. ingenuum.* 25. *ff. de stat. hom.* ita & transactio. Transactio inter heredem scriptum & legitimum facta non impedit, quo minus legatarii & fideicommissarii cum herede scripto in solidum experiantur. *l.* 3. *pr. ff. hoc tit.* eaque non obstante testamentum in suo jure manet. *l. si suspecta.* 29. §. 2. *ff. de inoff. test.* secus est, si contra testamentum pronunciatum sit. *l.* 8. §. *pen. l. cum mater.* 28. *ff. d. tit.* quanquam jure novissimo nihilominus legata ex eo debeantur. *auth. ex causa. C. de lib. præter.* De criminibus omnibus judicari potest, transigi non item. Res judicata paratam habet executionem transactio non habet: ac proinde mirum non est absolutione crimen tolli: quamvis non tollatur transactione.

11. Sed nec abolitione magis, quam transactione crimen perimitur. Nam quod scriptum est in *l.* 1. *C. de abolit.* interveniente abolitione crimen sopiri, non hoc significat, crimen perimi aut extingui: quippe sopita suscitari queunt; perempta nunquam reviviscunt. Sed & crimen illic positum est pro criminatione sive accusatione, quod minime est insolens. *l.* 1. §. 1. *ff. de susp. tut. l. propter.* 21. *ff. de SC. Silan. l. ult. ff. ad leg. Jul. majest.* atque id respectu accusatoris dictum intelligi debet, cui sopitum abolitione crimen, sine supplicatione renovare non licet: ad reum vero quod attinet, is & ab alio accusatore, & ab ipso quoque judice repeti potest, ut recte D. Matthæus. *d. c.* 7.

12. Quid

12. Quid vero si post transactionem aut pactionem unius accusatoris nemo alius reperiatur, qui accusare velit, an impunitum manebit facinus? Respondemus posse adhuc magistratum ex officio procedere & in crimen inquirere, atque in convictos animadvertere. per *l. congruit.* 13. *ff. de offic. præs. l.* 1. *in pr. C. de cust. reor. l.*. 7. *C. de accusat. Nov.* 128. *c.* 21. *Fachin.* 1. *contr.* 34. *& ibi citati.* Bene autem idem Fachinæus eodem loco monet, eam inquisitionem non posse inchoari, nisi legitima diffamatione, legitimisque indiciis atque argumentis præcedentibus. Jure Canonum res hæc plane certa est atque explorata. *c. qualiter & quando. de accus. & inquisit.*

13. Quoniam autem diximus primam hujus *l. transigere.* partem pertinere ad crimina, quæ mortis pœnam inferunt, hinc apparet, transigi non posse de crimine, quod fustigationem continet. Ratio est, quia ea pœna non est capitalis, sed toto genere a capitali secernitur. *l.* 2. *in fin. ff. de publ. judic.* Sed nec in membri mutilatione procedet transactio: quippe membro amputato manet nihilominus homo incolumis: aperteque labitur *Gomez.* 3. *resol.* 3. *n.* 54. *& Clar.* §. *fin. pract. crim. quæst.* 58. *n.* 7. *&* 8. in quavis corporali pœna transactionem admittentes. Deportatio quoque toto gradu a mortis pœna distinguitur. *l. capitalium.* 28. *in fin. pr. ff. de pœn.* & demum in insulam deportatio, si interdictis locis excedat, capitis pœna irrogatur, *l.* 4. *ff. d. tit.* ac proinde dicendum est, nec in crimine, cujus pœna deportatio est, licitam esse transactionem: multoque minus licita erit in causa infamiæ: nam & ea aperte distinguitur a capitali. *d. l. capitalium.* §. 1. & quamvis alibi fama vitæ comparatur. *l. justa.* 9. *ff. de man. vind.* vitam tamen secum non trahit: pœnaque infamiæ non nisi impropriæ capitalis dicitur. *l. licet.* 103. *ff. de verb. sign.* In pœnis autem propria significatio spectanda. Sed quid dicemus de pœna perpetui carceris? Sane quidem carcer interdum pœna appellatur. *l.* 3. *ff. de custod. reor. l.* 2. *C. eod.* Cæterum nusquam jure civili pœna perpetui carceris, quod ad liberos homines, vel cognita, vel licita. *l. aut damnum.* 8. §. *solent.* 9. *l. mandatis.* 35. *ff. de pœn. l.* 6. *C. eod.* Quamvis autem jure Canonico, quod mores hodierni sequuntur, talis pœna permissa sit. *C. quamvis. x. de pœn. in* 6. tamen cum hæc pœna nequaquam mortem ingerat, nec sanguinis sit, non erit licita hic transactio. *Clar. d. quæst. n.* 9.

14. Majestatis & parricidii crimen quin capitale sit, & pœnam mortis inferat, nullum est dubium: sequitur ergo de utroque pacisci vel transigere licere, argumento primæ partis *d. l. transigere.* ubi unum duntaxat adulterii crimen excipitur. Habet quidem perduellionis crimen hanc singularem præ cæteris indolem, quod persecutio ejus etiam post mortem rei inchoari queat. *l. ex judiciorum.* 20. *ff. de accus. l. ult. ff. ad leg. Jul. Maj.* sed singularia non sunt extendenda: & longe diversum est, quo de hic quærimus. Non obstat, quod conscii, qui non detulerunt hæc crimina morte plecti jubentur. *l.* 5. §. 6. *&* 7. *C. ad leg. Jul. Maj. l.* 2. *l.* 6. *ff. ad leg. Pomp. de parric.* Etenim conscius sive probationes habeat, sive non habeat, debet ista crimina detegere ac deferre per dd. ll. accusare tamen non tenetur, sive probationes habeat, sive non habeat: nulla enim lex hoc ei injungit; ac proinde standum est regulæ, quod nemo invitus accusare teneatur. *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accus.* standum generali definitioni hujus *l. transigere.* quod super crimine capitali transigere prohibitum non sit. *Borcholt. de transact. c.* 3. *n.* 81. *Pac. ad l. transigere. n.* 38. *Cujac.* 6. *obs.* 11. *diff. Delrio ad hanc l. transigere. n.* 48. *D. Math. n.* 14. Loci vero in contrarium allegati conscium criminis puniunt non

non ob accuſationem non inſtitutam, vel pactione aut tranſactione finitam, ſed ob ſilentium; quia rem occultam habuit. Non tenetur igitur accuſare invitus, ſed denuntiare tenetur, ut judex ex officio ſuo in denuntiatum inquirat: id enim facere judicem poſſe nullo exiſtente accuſatore ſupra demonſtravimus.

15. Non obſtat, quod in crimine majeſtatis non conceditur abolitio. *l. ult. C. de abolit.* Aliud enim longe eſt, abolitionem, id eſt, accuſationis omittendæ licentiam, aut exemptionem a crimine petere; aliud tranſigere. Abolitio fit intercedente auctoritate magiſtratus. *l. 1. & ſeqq. C. de abolit.* vel a Principe aut ſenatu conceditur ob diem inſigum lætitiamque publicam. *l. abolitione* 8. *l. ſi interveniente.* 12. *ff. ad SC. Turpill.* res etiam criminis abolitionem continet. Tranſactio fit pactione privata inter actorem & reum, eo effectu, quem ſupra indicavi. Imperatores in *d. l. ult.* loquuntur de accuſatore & accuſato petentibus abolitionem non de tranſigentibus aut paciſcentibus inter ſe ut omittatur accuſatio. Abolitionem in tam immani crimine petitam jubetur judex denegare: tranſactio autem non vetatur. Itaque conſtanter dicimus etiam hic reo ſanguinem ſuum redimenti ignoſcendum eſſe, & actorem, qui cum eo tranſegit aut pactus eſt, impune ab accuſatione deſiſtere, quia permiſſu legis deſiſtit, & ideo nec opus habet abolitione, ut paulo ante expoſuimus.

16. Quid ſi delictum tale ſit, ex quo quidem ordinarie pœna mortis non ingeratur, ſed cujus pœna ex circumſtantiis arbitrio judicis ad mortem uſque extendi queat? Quidam putant hic tranſactioni locum non patere, ne alioqui nimium hoc jus porrigatur, & in pleriſque delictis paulo gravioribus (ex quibus pœna extraordinaria ad mortem uſque extendi poteſt juxta communem DD. ſententiam) ſemper habeat reus, quo ſe excuſet, ne ob corruptum pretio adverſarium pro confeſſo habeatur. Neque vero eandem eſſe rationem delicti, quod ex ſe & natura ſua pœnam capitalem meretur, & quod ex accidenti, ita arbitrante judice. Ego tamen etiam hoc caſu regulæ ſtandum arbitror. Parum enim intereſt, certo conſtet pœnam capitalem irrogatum iri, an de eo dubitari poſſit? ſufficit enim, ut regulæ locus ſit, mortis periculum quomodocunque imminere. Itaque cum pactio vel tranſactio admittatur hujus periculi vitandi cauſa, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſent.* & idem periculum etiam in re dubia immineat, quia fieri poteſt, ut judex pœnam capitalem, ſeu jure ſive injuria, ſit irrogaturus, putarem etiam hoc caſu permiſſam tranſactionem; & huc facit arg. in *l. 7. §. 1. ff. quod met. cauſ.* JC. juſtum metum mortis, eſſe ait, ſi quis occidi potuit, vel non jure. Debet itaque & in noſtro caſu idem metus pro juſto haberi, & locum veniæ facere, ut reus id ipſum, quod in judicantis poteſtate extremum eſt, formidaſſe intelligatur. Denique illi ipſi, qui ex pœna ordinaria duntaxat, quæ ſcilicet certo generi delictorum legibus impoſita eſt, æſtimandum putant, licitane ſit tranſactio, an ſecus, fatentur ultro licitam hic eſſe tranſactionem, ſi forte circumſtantiæ tales ſint, quæ facile judicem movere poſſent ad inclinandum in ſententiam capitalem, & hæc quoque Julii Pacii ſententia eſt *ad h. l. n.* 14.

Atque hactenus quidem explanavimus regulam prima parte hujus reſcripti contentam: ſequitur, ut ejuſdem quoque regulæ exceptionem, quam addunt Imperatores, examinemus. Ajunt *excepto adulterio.*

17. Hæc exceptio arguit crimen adulterii tempore Diocletiani mortis pœna multatum fuiſſe. Imo etiam multo ante capite id ſancitum fuiſſe evincitur ex *l. caſtitati.* 9. *C. ad leg. Jul. de adult.* quod reſcriptum Alexandri eſt, qui multis annis Diocletani

Principatum antecessit. Justinianus tamen *Nov.* 134. *c.* 10. ex constitutione demum Constantini capitalem adulterii pœnam esse testatur. quod & Brissonius *lib. sing. ad leg. Jul. de adul. & Don. ad hanc l. n.* 6. existimant. Cujacius vero *lib.* 6. *obs.* 11. contendit primos Constantium & Constantem id capitale fecisse per *l.* 4. *C. Theod. quor. app. non recip.* ante tempora quidem Constantini, sed post Diocletiani. Sane ex lege Julia capitalem hujus criminis pœnam non fuisse constat ex Taciti annalium *lib.* 1. 2. & 3. sed, neque tempore Alexandri morte vindicari solitum non obscure indicant textus in *l. si quis viduam.* 5. *ff. de quæst. l. Claudius.* 13. *ff. de his quæ ut indign. l. miles.* 11. *ff. ad leg. Jul. de adult. l. ex eo.* 18. *ff. de testib.* quæ Pauli est, collegæ Ulpiani, & Alexandro Principi a Consiliis. Divus quoque Augustinus sagacissimus antiquitatis indagator *lib.* 3. *de civ. Dei.* scribit Romanos fæminas adulteras, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte punivisse: ut omnino verosimile sit *d. l. castitati. C. ad leg. Jul. de adult.* & hoc nostrum rescriptum interpolata esse a Triboniano, quod & Brissonio, Cujacio, Donello ad hanc *l. n.* 6. Delrio *n.* 85. Melch. Klock *part.* 2. *c.* 2. videtur. Sed hoc alias forte latius. Quod si quis jam ex me quærat, quidnam causæ sit, cur cum de cæteris criminibus capitalibus transigere fas fuerit, non tamen idem permissum adulteris?

18. Respondebo. 1. exceptum esse adulterium ob frequentiam flagitii. Martialis *lib.* 6. *Epigram.*

Lusus erat sacræ connubia fallere tædæ:
Lusus erat teneros, &c.

Jam vero frequentia delicti sæpe exigit, ut supplicium exacerbetur, & nimium multis grassantibus opus est exemplo & majore severitate. *l. aut facta.* 16. §. *ult. ff. de pœn.* 2. Ut tanto magis transactione prohibita matrimoniorum castitati student cives Romani. 3. Quia adulterii accusatio non omnibus promiscue patet: nam olim extranei post patrem demum & maritum adulteræ admittebantur. *l.* 4. §. 1. *& passim ff. ad leg. Jul. de adult.* postea extranei plane exclusi. *l. quamvis.* 30. *C. eod.* Quare admissa hic transactione facile futurum erat, ut ejus criminis impunitas sequeretur. 4. Quia hæc transactio ob conscientiam & patientiam stupri videtur aliquid lenocinii simile habere, & per eum quasi venalia fiunt civium matrimonia, cum ingenti dedecore civitatis, eoque pertinet illud Virgilianum *lib.* 12. *Æneid. Deformare domum, & luctu miscere Hymenæos. l. mariti.* 29. *pr. &* §. 2. *junct. l.* 2. § 2. *& seqq. ff. eod.* 5. Quod adulterio turbentur familiæ, quibus per id partus alieni spuriique inseruntur. In summa cum cætera fere delicta propriæ turpitudinis finibus continentur, adulterium quoddam veluti vitiorum agmen trahit. *Diod. Sicul. lib.* 1. *Biblioth.* Atquæ hæ rationes satis graves ac dignæ mihi videntur ut & magnis quoque doctisque viris, Duareno, Donello, Mornacio, Bachovio, Ant. Matthæo, ob quas transactio super crimine adulterii, etiam postquam id capitale factum est, non sit admissa, contra receptam in cæteris causis capitalibus regulam. Et quidem si maritus aut quis alius pecuniam accepit, ne accuset, plectitur: si gratis ante litem contestatam pactus est, ne accuset, non plectitur. *l.* 2. §. 2. *l. si maritus.* 15. §. *si negaverint.* 5. *l. mariti.* 29. §. 2. *ff. eod.* Quod si post cœptam accusationem pactus est licet gratis, in pœnam SC. incidit, quia desistit sine abolitione. *l. de crimine.* 10. *C. eod.*

19. Quæsitum memini, cum solum adulterium a regula excipiatur, an de raptu, de stupro,

ſtupro, de inceſtu,quæ tria crimina magnam cum adulterio affinitatem habent, tranſigere liceat. Et quidem, ut de raptu incipiam, conſtat id crimen capitale eſſe, & ultimo puniri ſupplicio. *l.5.§. 2.ff. ad leg. Jul. de vi publ. l. un. C. de rapt. virg.* Sed nuſquam expreſſe vetitum de hoc crimine tranſigere; ac proinde dicendum videtur de eo tranſigere licere juxta regulam primæ partis hujus reſcripti. Tamdiu enim regulæ ſtandum eſt, donec probetur exceptio. Unde Doctores noſtri ajunt, qui pro ſe habet regulam, eum habere intentionem ſuam fundatam, atque ideo in adverſarium exceptionem prætendentem onus probandi transferre, in qua probatione ſi defecerit, ſecundum regulam pronunciandum eſſe per *l. ab ea. 5. ff. de probat. cum ſimilib.* Non eſt contrarium, quod ſervus raptum virginis deferens libertate donatur. *l. pen. C. pro quib. cauſ. ſerv. pro præm.* Ex eo enim minime ſequitur propter pactionem aut tranſactionem de raptu paciſcentem puniri aut pro convicto haberi: ſicut nec ex eo, quod parentes, qui patientiam præbuerunt, ac dolorem remiſerunt, deportatione plectuntur. *d. l. un. C. de rapt. virg.* aliud enim eſt paciſci vel tranſigere ſuper accuſatione raptus, aliud dolore, quem raptus attulit, remiſſo, permittere, ut rapta cum raptore maneat, eique nubat. *Nov.* 150. Sed neque in *Nov.* 143. magis, quam alibi, agitur de parentibus paciſcentibus ſuper accuſatione raptus; verum de iis, qui dolorem, ſeu rancanam, ut loquuntur, remiſerunt, etiamſi in nuptias non conſenſerint. Quod ſi hoc non placet in proclivi eſt alia reſponſio, eaque meo judicio probabilior; nimirum ſpeciali ratione propter turpitudinem pactionis in parentibus puellæ tranſactionem cum raptore legibus Juſtiniani improbatam: nihil autem obſtare, quo minus extraneus accuſator, cum eo paciſci vel tranſigere poſſit. Enimvero ſi raptor conveniatur lege Julia de adulteriis, non proprio crimine raptus ſeu lege Julia de vi, pactionem vel tranſactionem illicitam eſſe planum eſt. & ita propemodum Pacius *num.* 34.

20. Quod ſtuprum attinet, nego de hoc crimine tranſigere licere: non quod, ut putat Pacius, appellatione adulterii etiam ſimplex ſtuprum contineatur: ſed quia ſimplicis ſtupri pœna non eſt capitalis. *§. item lex Julia.4.Inſt. de publ. judic.* & ideo ad ſecundam hujus legis partem, qua tranſactio de criminibus non ſanguinariis prohibetur, id delictum pertinet. Non movet, quod in *l. 6. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adult. l. 101. ff. de verb. ſign.* dicitur, legem Juliam his vocibus *adulterium, ſtuprum* promiſcue & indifferenter uſam eſſe, quamvis proprie adulterium dicatur, quod in nuptam committitur, ſtuprum, quod in virginem, &c. Nam ex eo recte quidem collegeris verbo ſtupri etiam adulterium, tanquam ſpeciem ſtupri contineri, & ſtuprum quoque ſimplex eadem lege coërceri eadem pœna, qua adulterium. *l. 11. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adult.* ſed non ex contrario adulterii vocabulo legem complecti & ſtuprum ſimplex, aut aucta adulterii pœna & ſtupri cujuſvis auctam. Vide poſt alios *Gœdd. in d. l. 101. ff. de verb. ſign.* Plane ſtupri qualificati, ut nunc loquuntur, ſive præpoſteræ Veneris, παιδεραστίας, ἢ ἄλλης παρὰ φύσιν μίξεως, pœna quidem mors eſt *d. §. 4. Inſt. de publ. judic. l. cum vir. 31. C. ad leg. Jul. d. adult.* ubi ἀρσενοκοῖται exquiſitis pœnis ſubjici & gladio puniri jubentur. Sed hic ego admiſerim tranſactionem propter regulam primam noſtræ *leg.* a qua adulterium duntaxat proprias ob cauſas excipitur. Sed & ſi propter circumſtantias, puta ob vim adhibitam, &c. pœna ſtupri exacerbari & arbitrio judicis ad mortem uſque extendi poſſit, licitam quoque hoc caſu tranſactionem dixerim, per ea, quæ ſupra. atque eo refero *l. 1. §. 2. ff. de. extraord. criminib.*

21. Incestus quoque jure nostro pœna capitis non vindicatur. *l. si quis.* 6. *& auth. seq. C. de incest. nupt. l. si adulterium.* 38. *ff. ad. l. Jul. de adult. Nov.* 12. *c.* 1. Quamobrem nec de incestu licita transactio, propter regulam secundæ partis hujus rescripti. Quod si incestus cum adulterio conjunctus est, transactioni obstat regulæ primæ partis exceptio. *D. Matth.* 12.

Sequitur rescripti pars altera. Ajunt Impp. *In aliis autem criminibus publicis, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* De criminibus igitur non capitalibus, id est, quæ ultimo supplicio non puniuntur, sed aut membri mutilatione duntaxat, aut fustigatione, exiliove aut publicatione bonorum, transigere non licet. Ratio est, quia in his nulla tanta occurrit miserationis ratio, ut a tenore juris legumque severitate visum fuerit recedendum esse. Tantum de vita sua periclitantibus & sanguinem suum qualicunque pacto redimentibus ignoscendum putaverunt legum conditores. *d. l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.*

22. Huic autem secundæ rescripti regulæ objicitur, quod ab Ulpiano *l.* 1. §. 3. *ff. de calumniat.* traditum est, si quis pecuniam dederit adversario suo (intellige sive in publicis, sive in privatis causis, ut *d. l.* 1. §. 1. *& pr. d.* §. 3.) transigendi animo, cessare eas constitutiones, quæ ex hac causa litem perire jubent; & additur pro ratione, quia non sit interdictum transactionibus, sed sordidis concussionibus. D. Pacius putat solutionem hujus objectionis esse facilem, nempe textum istum accipiendum esse in terminis habilibus, cum transigitur de crimine capitali, juxta distinctionem hujus *l. transigere.* quod & vir clarissimus Petrus Cunæus Collega quondam meus probabat. Sed quid si potius textum hunc juvemus distinctione, quæ non est in ipso textu, dicamusque eum locum accipiendum esse de eo actore, qui criminaliter agere proposuerat, cum & civiliter agere posset: huic enim in casu nondum cœpti judicii nihil obstare videtur, quominus pecunia accepta accusationem nondum institutam remittat: quippe quem consilium mutasse, & pro eo, quod civili judicio consequi potuisset, seu pro damno sibi dato, pecuniam accepisse credendum sit, & ita non pugnabit *l. ult. ff. de prævar.*

23. De pactione nihil exprimitur posteriore regula: An igitur pactio hic licita? Non puto, sed quod in priore parte expressum est, in sequenti ex sententia & mente legislatorum repetendum, *arg. l. Titia.* 134. §. 1. *ff. de verb. oblig.* & fac. *l.* 1. §. *si quis.* 7. *ff. ad SC. Turp. & pass. eod.* Proinde non minus pactio, quam transactio hic illicita: idque verum est sive ante litem contestatam, sive post eam interposita sit.

24. Et quidem si post litem contestatam interposita sit sive transactio sive pactio, actor incidit in pœnam SC. Turpilliani, *tot. tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec petere potest quod transactionis causa ei promissum est. *l. siquidem.* 9. *C. de contrah. stipul.* Quod vero repetere accusationem adversus eundem non potest, non ex eo est, quod valet transactio: sed quia se indignum accusatione fecit. *l.* 2. *l.* 6. *pr. ff. ad SC. Turpill. l.* 5. *ff. de prævar. l. abolitionem.* 16. *C. ad leg. Jul. de adult.* Reus autem post judicium cœptum transigens habetur pro confesso & convicto, *l.* 4. *l. ejus qui.* 29. *ff. de jur. fisc. l. ult. ff. de prævar.* & multatur etiam pecunia fisco inferenda. *l. Imperatores.* 34. *ff. de jur. fisc.* Cæterum hoc ita si pretio pactus sit, ut dixi, post judicium jam inchoatum: nam ea transactio habetur pro confessione facta in judicio. At si ante cœptum judicium facta sit transactio, est quidem & ipsa invalida in crimine non capitali, sed non inducit fictam confessionem.

25 Por-

25. Porro etsi transactio pendente judicio facta habeatur pro rei confessione, quæ fictio est: non tamen hinc sequitur altera fictio, nempe ut reus ita per fictionem pro confesso habitus, simul etiam ante sententiam habeatur pro judicato & condemnato: nam ita fictio geminaretur, quod fieri non potest. Vere confessus in jure habetur pro judicato. *l. post rem.* 46. *ff. de re jud.* sed ibi una tantum fictio est. Et quoniam, ut diximus, reus transigens de crimine non capitali post institutum judicium pro confesso tantum, non etiam pro judicato habetur, inde est quod judex in *l.* 2. *C. de abolit.* jubetur adhuc in crimen inquirere & sententiam ferre: eodemque pertinet, quod Ulpianus in *l. ejus.* 29. *ff. de jur. fisc.* ait, oportere prius constare, & de crimine pronunciare, & alioqui si pœnæ adjecta sit confiscatio, reusque ante sententiam moriatur, confiscationi non erit locus. *d. l. ejus. de jur. fisc.* Neque obstat *l. Gajus Sejus.* 22. *ff. ad SC. Silan.* nam cum admissum tale est, cujus causa tantum pecuniaria sit, seu in quo quæstio principalis de pecunia moveatur, ejus cognitio morte rei postulati & pro confesso habiti non extinguitur: imo de novo causam deferre licet. *l. ult. ad leg. Jul. pecul.*

26. Quid in pactione gratuita? hæc quidem non efficit, ut reus pro confesso habeatur, licet post litem contestatam pactus sit. *l.* 4. *ff. de jur. fisc.* utique tamen pactio invalida est, quia accusator, si nondum destitit, potest porro accusare: si autem destitit, in pœnam incidit SC. *l.* 1. §. *si quis.* 7. *l.* 16. *ff. ad. SC. Turp.*

27. Invalida quoque est in crimine non capitali transactio & pactio facta ante litem contestatam. Nam etsi hic accusator omissa accusatione ex causa transactionis non incidit in pœnam SC. quoniam videri potest destitisse, qui non accusavit. *l.* 5. *ff. ad SC. Turpill.* tamen id quod transactionis causa ei promissum est, non potest petere. *l. si quidem.* 9. *C. de contr. stip.* atque ita hæc transactio non prodest accusatori. Sed nec reo prodest: nam accusator non obstante transactione poterit accusationem inchoare, remque in judicium deducere, neque ei ulla obstabit exceptio. Idemque est, si accusaturus ante judicium cœptum pactus sit gratis, ne accuset: neque enim postea accusanti obstare poterit pacti invalidi exceptio: siquidem accusatione demum cœpta id observatur, ut qui ab instituta accusatione desistit ex causa transactionis aut pacti, postea non admittatur ad repetendam accusationem, & præterea incidat in pœnam *SC. l.* 1. *pr. &* §. 7. *ff. l.* 2. *l.* 6. *C. ad SC. Turpill.* Illud certum est, sicut is, qui ante institutam accusationem transegit aut pactus est, potest nihilominus accusationem inchoare, si velit; ita posse eundem etiam eam omittere, si accusare nolit. *arg. tit. C. ut nem. invit. ag. vel accus.*

28. Singulare est in crimine adulterii, quod maritus vel pater si negaverint se accusaturos, non possunt postea accusationem instituere, & extranei tunc admittuntur. *l. si maritus.* 15. §. *si negaverint.* 5. *ff. ad leg. Jul. de adult.* Ratio est, quia extranei non admittuntur, si velit accusare pater aut maritus. *l.* 4. §. *extraneis. ff. eod.* Quod si illi expresse negaverint se accusaturos, jam jus extraneis nascitur, quod iis auferri non debet. Quod si maritus non negaverit accusaturum, sed facto ipso non occupaverit accusationem, hoc casu extraneus eum præveniens nihil ipsi præjudicat. *d. l.* 4. §. *si ante.*

29. Ajunt Impp. In aliis publicis criminibus. An igitur de privatis criminibus, quæ sanguinis pœnam non continent licita transactio? Nequaquam. Cæterum adhibenda hic est distinctio: nam de privatis delictis & civiliter agi potest, & crimi-

criminaliter. *l. ult. ff. de injur.* Cum civiliter agitur, licita est in hujusmodi delictis pactio & transactio, obstatque actori nihilominus agere volenti pacti aut transactionis exceptio. *l. si pro fure. 7. pr. ff. de condict. furt. l. interdum. 56. §. qui tutelam. ff. de furt. l. post decisionem.* 13. *C. eod.* At enim si pretio quis pactus sit, id est, transegerit, obstabit quidem & hic actori transactionis exceptio : cæterum paciscentem pecunia data, ceu confessum sequetur infamia. *l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. ff. de his qui not. infam.* Cum autem criminaliter de furto puta aut stellionatu, aut aliis hujusmodi privatis delictis agitur juxta *d. l. ult. ff. de furt. & l. ult. ff. de injur.* non est admissa transactio: sed reus hic etiam pro confesso habetur. *l. ult. ff. de prævar.* & accusator, licet non incidat in pœnam SC. turpilliani, officio tamen judicis coërcetur. *l. si quis.* 7. §. 1. *ff. ad SC. Turpill.* Itaque quod Imperatores ajunt, in publicis criminibus pœnam sanguinis non ingerentibus transactionem esse illicitam, id non ideo ab iis dici intelligendum est, quia de privatis transactio sit licita; sed quia non semper illicita, non tunc cum de his agitur civiliter: ita fermè post Accurs. Bart. Jas. Alciatum, &c. Fachinæus *lib. 1. controv. 9.*

Superest clausula rescripti ultima. Ajunt Impp. *transigere non licet citra falsi accusationem.*

30. His verbis veteres interpretes a secunda rescripti regula excipi putant crimen falsi, ut hic sit sensus, de criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, præter falsi accusationem aut excepta falsi accusatione, transigere non licet: ut quemadmodum de prima regula excipitur adulterium, sic de secunda excipiatur crimen falsi : & ita quoque Græci hanc clausulam acceperunt: sic enim illi *βασιλικ.* 11. secundam rescripti regulam reddam; ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι' ἅματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τούτοις οὐκ ἔρρωται ἡ διάλυσις, χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος. atque hanc sententiam etiam neotericorum plurimi secuti sunt. *Cujac. 6. obs.* 11. *Borcholt. c. 3. de transact. n. 92. & seqq. Fachin. 1. contr. 6. Perez. C. de transact. n. 12. Delrio ad l. transigere. n. 141. & seqq. Pac. n. 47. & seqq. Matth. n. 18. Mornac. ad fin.* Rationem exceptionis primam hanc esse putant, quod crimen falsi plerumque ad privatum commodum spectet: ac propterea transigentem non videri crimen esse confessum, sed rei suæ consuluisse. Deinde quod olim regulariter de falso potuerit transigi, utpote crimine tunc temporis capitali & pœna mortis ingerente: sicut & hodie interdum ultimo supplicio plectatur. *l. 1. l. 5. l. ubi falsi. 22. C. ad leg. Corn. de fals.* ac proinde arbitrarium esse falsi judicium : quæ fortasse vera ratio sit, cur super falsi crimine transigere liceat, quippe in arbitrariis, quoties etiam ad mortis pœnam progredi judex potest, transactionem non esse prohibitam arg. regulæ primæ hujus *l. transigere.* Afferunt denique & textus, quibus hæc sententia adstrui videtur. *l. ipse. 7. l. de his. 16. l. pen. l. ult. C. d. tit. l. pen. C. hoc tit. l. 2. de his quæ ut indign.*

31. Ego tamen cum *Donell. in d. l. transigere. n. 14. & seqq. Klock p. 4. per tot. Alciat. sub fin. Ant. Fab. 2. conject. 20. Bachov. ad h. tit. n. 15. Tulden. ad C. ad SC. Turp. n. 9.* contendo, neque hoc usquam proditum esse, neque constitui posse, nisi valde absurde. Nam aut gravius cæteris crimen falsi esse volumus, aut par, aut levius. Si gravius, tanto magis coërcendum : quanquam sunt alia graviora. Si par, cur distinguimus, quæ eadem ratio conjungit? Levius autem dicere non licet. Fieri enim potest, ut testes falsum dixerint adversus aliquem in causa capitis, ut innocentem opprimerent;

merent; aut ut probatum ſit inſtrumentum falſum in cauſa, in qua de omnibus fortunis agebatur. Atque ut agatur tantum de re pecuniaria; non ideo tamen de eo transigere permittendum. Quam multa enim ſunt alia crimina de re pecuniaria, de quibus tamen tranſigere non licet. Eſt igitur abſurdum, cum par aut etiam major ſit ratio in falſo, quam in cæteris, plus quam in cæteris, licere in falſo. Antequam quæſtionem ipſam plenius excutiam, dico *citra* in hoc reſcripto poſitum eſſe pro *ſine*; quaſi Imperatores ſcripſiſſent, *ſine falſi accuſatione*, vel *niſi falſi accuſationem ſubire velit accuſator*: ut non alius horum verborum *citra falſi accuſationem* ſenſus ſit, quam quod accuſator tranſigens de crimine non capitali incidat in accuſationem falſi conſtitutam SC. Turpilliano.

32. Etenim verbi *citra* duplex tantum eſt ſignificatio, interdum idem ſignificat, quod ab hac parte, ἐντὸς ἐπὶ τάδε cujus contrarium eſt *ultra*. Horat. *Quos ultra citraque nequit conſiſtere rectum*. aliquando idem, quod *ſine* ſive *abſque* ἄνευ. nec tunc verbum eſt ambiguum quod interdum vim excipiendi habeat, ſed rem unam duntaxat ſignificat, idemque perpetuò valet, quod *ſine*: nuſquam autem apud ullum idoneum ſcriptorem pro *præter* accipitur. Sueton. *in Cæſ. citra ſenatus populique auctoritatem*. Quintil. *lib.* 1. *citra muſicen grammatice perfecta non eſt*. Papinianus *l. ult. ff. de publ. judic. citra periculum*. Idem *l.* 1. §. 1. *ff. de pign. citra conventionem*. Idem *l. ult. ff. de in diem add. citra delegationem*. Ulpianus. *l. ut ſit.* 31. *ff. pro ſoc. citra ſocietatem*. Idem *l. obſervare.* 6. *ff. de curat. furioſ. citra cauſæ cognitionem*. Idem *l.* 1. §. *ſi quis.* 7. *ff. ad SC. Turpill. citra abolitionem*. Idem paſſim. *l.* 8. *ff. hoc tit. citra auctoritatem*, *citra cognitionem prætoris*, *citra prætorem*. *l.* 3. *C. de uſur. citra vinculum ſtipulationis l.* 1. *C. de jure fiſc. citra fraudem creditorum*.

33. Apud auctores quoque hujus reſcripti *citra* ſemper pro *ſine* nunquam pro *præter*. vid. *l. cum ſuper.* 10. *l. nullo.* 24. *C. de rei vind. l. nec filius.* 7. *C. de reb. cred. l. ſi ex pretio.* 6. *C. ſi cert. pet. l. ſi pretium.* 19. *C. de procur. l. cum citra.* 15. *C. de jur. dot. l. pen. C. de pign. l.* 2. *C. ſent. reſc. non poſſ. &c.* Quis autem credat, eoſdem, qui tot locis & pluribus aliis, quos congeſſit Klock, *citra* conſtanter uſi ſunt pro *ſine*, uno in loco pro *præter* & exceptive uſurpaſſe? Sane in *l. un.* §. *accedit.* 13. *C. de rei uxor. act. verſ. extraneum.* vox *citra* pro *præter* accipitur ſed iſta lex Juſtiniani eſt, & compoſitio Triboniani, quos nemo dixerit bonos eſſe Latinitatis auctores, niſi qui linguæ Latinæ plane ſit rudis, ut ipſe Tribonianus fuit.

34. Tempore autem Diocletiani ſua adhuc conſtabat Latinæ linguæ puritas, ut apparet ex omnibus ejus reſcriptis. Quod vero Papinianum etiam eadem voce pro *præter* & exceptive uti ajunt in *l. ult. ff. de calumniat.* id ex eo loco, minime evincitur. Imo ſi quis attendere velit, *citra pretii æſtimationem* illic nihil aliud valet, quam ſine pretii æſtimatione. Sentit enim Papinianus dominum ſervi in caſu ibi propoſito ſic agere de calumnia accuſatoris, ut agat de calumnia ſolum, id eſt, ſeparato judicio de calumnia, ut ſimul non agat de damno & pretii ſervi æſtimatione; idque ſequentia verba clare oſtendunt: ſubjicit enim de calumnia agi citra hanc æſtimationem, id eſt, ſine hac æſtimatione, quia ſeparatum ſit calumniæ crimen a damno, ſive quia de calumniæ crimine ſeparatim & ſine damni quæſtione agi poteſt. Si *citra* pro *præter* hic accipias, hic erit ſenſus, poſſe agi cum iſto accuſatore de utroque ſimul & de calumnia & de damno: quod adverſatur ſententiæ Papiniani, qui ait ſeparata

eſſe

esse judicia calumniæ & æstimationis: aut si pro exceptione accipias, excipiet Papinianus de crimine calumniæ æstimationem servi, quod esset hominis non intelligentis, quid sit exceptio. Cæterum etsi *citra* pro *præter* Papinianum dixisse ponamus, eumque ita scripsisse: *Sed & præter pretii æstimationem, quæritur de calumnia ejus:* tamen id nihil eos juvare poterit, qui contendunt *citra* aliquando denotare exceptionem.

35. Nam nec *præter* semper est exceptionis nota. Si dicam, *Multa sunt præter hæc, quæ objici merito potuissent:* aut ut Plinius. *lib.* 10. *nat. hist. præter hominem somniare equos, boves, canes, pecora, capras palam est*: nemo, cui sana mens est, dixerit verbo *præter* hic excipi quæ objecta sunt, aut hominem. Sic etsi Papinianus ita scripsisset; *præter æstimationem pretii ejus, quo servus ob quæstionem deterior factus est, & de calumnia accusatoris quæri potest:* nemo nisi fungus, dixerit Papinianum hic excipere æstimationem servi.

36. Postremo quod apprime notandam est his verbis rescripti; *In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt*, non statim, & immediate subjungitur, *citra falsi accusationem*; sed eam clausulam antecedit, *transigere non licet*; ita ut postrema illa clausula sanctionem continere omnino sit verisimile.

37. Sed omissis rescripti verbis, Græcorumque auctoritate in quæstione de usu verbi Latini facessere jussa, videamus de jure: & primum an sufficiens sit illa exceptionis ratio, quæ vulgo afferri solet, nempe quod licet crimen falsi publicum sit, plerumque tamen pertineat ad causam & utilitatem privatorum. Mihi sane non videtur: sunt enim & alia hujusmodi, ut crimen violentiæ: sed nec super privatis delictis, si criminaliter agatur, transigere licet, ut supra probatum est. Denique si hæc ratio valeret, non simpliciter excipi crimen falsi debuisset, sed tunc solum, cum privatum commodum respicit.

38. Quod affertur pro ratione secunda, olim hoc crimen regulariter pœnam mortis habuisse, falsum esse apparet ex *l.* 1. *in fin. l. ult. ff. ad leg. Cor. de fals. Paul.* 5. *sent.* 25. §. *item lex.* 7. *Inst. de publ. judic.* unde discimus pœnam falsi ex lege Cornelia fuisse deportationem. Quamvis autem ex circumstantiis & pro gravitate criminis hæc pœna exasperari queat, adeo ut etiam ad pœnam mortis procedere judex possit. *l.* 1. *l.* 5. *l. ubi falsi.* 21. *C. ad leg. Corn. de fals.* tamen id non solum in falsi crimine, quod per se capitale non est, obtinet, sed in aliis quoque criminibus, quorum pœna ordinaria ex circumstantiis aggravari potest. Nam ubicunque circumstantiæ delictum aggravare possunt, & mortis pœna dignum efficere, ibi etiam mortis pœna irrogari potest: quoniam pœnæ & culpæ inter se debet esse proportio: & sic eadem ratione plura alia crimina per se non capitalia excipi deberent. Concedamus autem, quando tales sunt delicti circumstantiæ, ut constet posse reo ob falsum commissum pœnam irrogari capitis, atque hoc casu etiam permissam super falso transactionem, arg. *l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. sent.* At hoc posito jam crimen falsi in tali casu non excipimus de regula *l. transigere* secunda, sed ad primam referimus. Denique extra hunc casum sub regula secunda contineri profitemur.

39. Loci, qui ad adstruendam contrariam sententiam afferuntur, nihil minus probant, quam quod de accusatione falsi transigere liceat. In *l. ipse significas.* 7. *C. ad leg. Corn. de fals.* scriptum quidem est, eum, qui de instrumento, quod falsum esse diceba-
tur,

tur, transegit, non esse audiendum, si id, cui semel acquievit, tanquam falsum velit accusare. Cæterum de falso instrumento illic transactum proponitur, nimirum in causa pecuniaria, cum forte creditor peteret centum, & in eam rem proferret instrumentum, quod in dubium vocabatur a reo: id reus postea, ajunt Imperatores, tanquam falsum accusare non potest. De falso igitur instrumento illic transactum est, non de falsi crimine seu accusatione, quæ instituta non fuit. In privata lite de falso transigere licet, neque hoc dicimus nostra *l. transigere*, prohiberi. Eademque responsio aptanda *l. pen. C. hoc tit. in fin.* ubi dicitur controversiam de instrumento, quod falsum dicebatur, ortam transactione decidi posse. Sed & cæteris locis, quibus super falso transactum esse legimus, non de falsi crimine transactum esse intelligere debemus, sed de causa falsi in lite privata & judicio civili. In quo reprehendendi sunt, qui scribunt se non intelligere, quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit, quam de falso instrumento transigere. Longe enim differunt transigere de falso instrumento prolato forte in causa civili, & transigere de crimine falsi sive falsi accusatione instituta judicio publico aut criminali: aut si hæc non differunt, ego plane non intelligo, quid illud sit, quod Imperatores rescribunt *l. de fide.* 16. *C. ad leg. Corn. de fals.* ei, qui de fide instrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam esse, per accusationem, & per privatam disceptationem; quod & pluribus aliis locis proditum. *l.* 5. *l. si docueris.* 9. *l. si lis.* 11. *l. sicut falsi.* 17. *l. pen. & l. ult. C. eod. tit.* Quod si quis jam quærat, si verba illa, *citra falsi accusationem*, sic accipiantur; non licere de criminibus non sanguinariis transigere, quin parata sit adversus eum, qui transegit, falsi accusatio, quodnam hic falsum committatur, quod vindicetur lege Cornelia: Respondemus nos non dicere tale quicquam hic committi, quod incidat in legem Corneliam de falsis: sed quod incidat in accusationem falsi, quæ constituta est in eos, qui ex conventione litem & accusationem deserunt: & nimirum accusatoris litem ex pactione aut transactione deferentis hanc esse pœnam, ut incidat in SC. Turpillianum. *l.* 1. §. *accusationem. vers. at quin Papinianus. l.* 6. *l. in senatusconsultum.* 15. *ff. eod.* Nullus enim dubito, quin rescriptum hoc directum sit ad accusatorem, & postremis rescripti verbis sanciatur pœna in litis desertorem. Reus autem transigens, ut supra demonstratum est, pro confesso hic habetur. Quod ergo genus falsi est, quod SC. coërcetur? Prævaricatio & tergiversatio. Prævaricari est colludere cum adversario, genus falsi in eo manifestum, quod qui prævaricatur, veras probationes falso dissimulat, falsas adversarii admittit. *l.* 1. §. 1. *&* 6. *ff. d. tit.* Tergiversari est ab accusatione desistere *d.* §. 1. quod qui facit, haud secus ac prævaricator vera crimina abscondit, quanquam fuga & silentio, non ut prævaricator simulata accusatione, facit huc *l. de crimine.* 10. *C. ad. leg. Jul. de adult.*

41. Franciscus Hotomannus, vir magnus sane & bene præclareque de Jurisprudentia meritus, transpositione verborum totam nostræ hujus l. transigere, sententiam invertit mutavitque, ac converso plane modo Imperatores rescripsisse autumat, de criminibus non capitalibus transigere licere præterquam de adulterio: cæterum de criminibus pœnam sanguinis ingerentibus transigere nefas esse, ac proinde textum *l. transigere*, ita concipiendum esse; *Transigere vel pacisci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.* Ita Hotomannus *lib. quæst. illustr. c.* 23. ubi septem fere argumenta primæ hujus legis definitioni objicit,

quibus inductus hanc metathesin excogitavit. Sed profecto non tantum contra fidem omnium exemplarium, & constantem Græcorum interpretum versionem *lib.* 11. *βασιλ. tit. περὶ διαλύσ.* ubi ita, ἐπὶ μὲν τῶν δι᾽ αἵματος ἐχόντων τὴν τιμωρίαν ἐγκλημάτων ἔξεστι διαλύσθαι. *Harmenop. lib.* 1. *t.* 10. εἰς μὲν τὰ δι᾽ αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλυόμεθα. Verum etiam contra tot locorum, quæ supra memoravimus consonantem concordemque sententiam. Argumentis Hotomanni facile ex iis, quæ jam disputata sunt, occurri poterit: singula enim repetere, ac denuo confutare nec lubet nec vacat.

42. Hodie dispositio l. transigere. cessat fere & inutilis est, cum non cuivis e populo, sed procuratori fisci, aut Schultetis Balivisve locorum persecutio criminum competat. Atque hi quidem si in accusatione succumbant, aut crimen non probent, non incidunt in pœnam talionis: ac tametsi desistant ab accusatione sine abolitione, non tamen in his locum habet *tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec *tit. C. de abolit.* Cæterum nec inconsulto Principe, cujus vicem apud nos hac in parte Camera rationalis gerit, *Merul. prax. civ.* 4 *tit.* 14. *c.* 2. *&* 6. de ullo crimine transigere cum reo possunt: quoniam impunita manerent crimina nullo alio accusante. Quam ob causam nihil hic restat quam ut Princeps crimen condonet: id autem non fit, nisi prius placatis amicis. *vid. Gomes.* 3. *var. resol.* 3. *n.* 56. *& seqq. Clar. lib.* 5. *§. fin. quæst.* 58. *Christ. vol.* 1. *decis.* 152. *Tulden. ad Cod. tit. de transact. n.* 6. *Matth. de crim. ad lib.* 48. *ff. tit.* 20. *c.* 4. *Groenew. de ll. abrog. ad l. transigere.*

CAPUT VIII.

De vi & effectu transactionis.

SUMMARIUM.

1. *Transactio non aliis nocet, aut prodest, quam qui eam interposuerunt.*
2. *Casus speciales, quibus transactio ab aliis facta aliis prodest, aut nocet.*
3. *Transactio non retractatur.*
4. *Cur exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, transactionis, dicantur exceptiones litis finitæ.*
5. *Non retractatur transactio, etiamsi facta sit de causa, ex qua transigens non erat obligatus.*
6. *Quid si nova instrumenta reperta sint.*
7. *Mutuo consensu transactio dissolvi potest.*
8. *Unius pœnitentia non potest.*
9. *Quando facta cum minore* 25. *annis rescindi possit.*
10. *Rescindi potest, quæ ex falsis instrumentis iuterposita.*
11. *An beneficio l.* 2. *C. de resc. vend. in transactione locus.*
12. *Explicatur l. si superstite.* 5. *C. de dolo.*
13. *Dubii eventus certa æstimatio constitui non potest.*
14. *Rescindi potest transactio dolo malo facta, & quæ hic juris remedia.*
15. *Juratæ transactionis non servatæ quæ pœna: & an id pertineat etiam ad jure invalidas juramento firmatas.*
16. *Quæ sit vis ac potestas clausulæ generalis subjecta transactioni de aliqua controversia factæ.*

17. *Emen-*

17. *Emandatur vitiosa lectio in l. 5. ff. h. t.*
18. *Tollitur vitium in l. 14. §. 7. ff. de religios.*
19. *Explicatur §. ult. l. 122. ff. de verb. obl.*
20. *Quando generalis clausula subjecta transactioni generalem recipiat interpretationem.*

1. SUperest, ut videamus, quæ transactionis vis ac potestas. Et quidem illud in primis pro explorato habendum, transactionem iis duntaxat nocere aut prodesse, a quibus interposita est, aliis nequaquam. v. c. Duo rei promittendi pepigerunt, aut transigerunt, inter se, ut unus totam summam persolvat: creditor nihilominus cum altero experiri potest, *l. debitorum.* 25. *C. de pact.* Qui tres habuerat tutores aut curatores, cum duobus transegit, transactio cum duobus illis facta tertio ad exceptionem non prodest. *l.* 1. *C. hoc tit.* atque hoc generaliter locum habet in pactionibus omnibus. *l. si unus.* 27. §. 4. *ff. de pact. l.* 2. *C. res int. al. act. l. quo tutela.* 73. §. *ult. de reg. jur. l.* 3. *pr. ff. hoc tit.* ubi Imperatores Antoninus & Verus rescripsisse dicuntur, privatis pactionibus jus aliorum non lædi extra dubitationem positum esse. Ajunt *pactionibus privatis*, quia publicæ plerumque aliis & prosunt & nocent, cum quibus tamen factæ non sunt.

2. Occurrunt quidem & in privatis pactionibus casus, quibus transactio ab aliis facta aliis aut prodest aut nocet, sed non nisi ubi manifesta id suadet æquitas aut utilitas; veluti in *l. ult. ff. eod.* ubi debitori adversus emptorem hereditatis accommodatur exceptio transacti cum herede eoque venditore negotii, ne sc. justa ignorantia debitori noceat. *fac. l.* 3. *C. de novat.* Item in *l. controversia.* 14. *ff. eod.* ubi hereditate inter scriptum & legitimum heredem per transactionem divisa, creditores hereditarii, quamvis cum iis transactum non sit, utrumque pro divisis partibus convenire debent: sed hoc utilitatis causa propter incertitudinem successionis receptum dicitur.

3. Cæterum transactio inter ipsos transigentes eandem vim habet, quam res judicata. *l. non minorem.* 20. *C. eod.* Et propterea causa transactione decisa & finita non magis, quam sententia *l.* 1. *C. sent. resc. non poss.* retractatur, ne alioqui nullus sit litium finis. *l. fratris.* 10. *C. eod.* Paria habemus apud Demosthenem in exceptione contra Pantænetum, & pro Phormione, item apud Symmachum *lib.* 7. *epist.* 108. & seq. Atque hoc adeo verum est, ut nec rescripto Principis causæ transactione terminatæ resuscitentur. *l. causas.* 15. *C. hoc tit.* sicut nec res judicatæ, *l. ult. C. sent. resc. non poss.* nec jurejurando decisæ. *l admonendi.* 31. *ff. de jurejur. l.* 1. *C. de reb. cred.*

4. Unde tres hæ exceptiones transactionis, rei judicatæ & jurisjurandi, appellantur exceptiones litis finitæ. *c.* 1. *&* 2. X. *de lit. contest.* nimirum quia impediunt litis ipsius ingressum, id est, quia repellitur actor agere volens post transactionem factam, litemve jurejurando aut sententia judicis decisam per finem non recipiendi, ut in foro loquuntur pragmatici: cum aliæ exceptiones, quamvis peremptoriæ sint, veluti doli mali, pacti conventi, litis ingressum non impediant.

5. In tantum autem transactione lis finitur, ut etiamsi transactio facta sit de causa, ex qua is, qui transegit, non erat obligatus, tamen non audiatur allegans causam transigendi nullam fuisse. *l. nec intentio.* 23. *C. hoc tit.* sera quippe illa post transactionem allegatio est. Quinimo qui transactionis nomine promisit aut solvit, non recte dici potest sine causa promisisse aut solvisse, quia hoc ipsum ut a lite discedatur sa-

ſatis juſta cauſa videtur. *l. in ſumma.* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* atque huc etiam pertinet *l. ſi non.* 6. *C. de jur. & fact. ign.*

6. Quid ſi nova inſtrumenta poſtea reperta ſint, quibus adverſarius oſtendere poſſit ſe non fuiſſe obligatum, ejuſque rei judici fidem facere? Ne hoc quidem prætextu tranſactionem bona fide factam magis quam rem judicatam *l.* 4. *C. de re jud.* reſcindi jura noſtra patiuntur. *l. ſub prætextu.* 1. & 2. *hoc tit.* quamquam initam ex falſis inſtrumentis retractari jubent. *l. pen. C. eod.* ſed hoc etiam obtinet in re judicata. *tit. C. ſi ex falſ. inſtrum. jud. ſit.*

7. Quamvis autem verum ſit, quod diximus cauſam tranſactione deciſam retractari non poſſe, non eſt tamen uſque adeo perpetuum, ut nullam habeat exceptionem. Neque enim dubitandum eſt, quin mutuo utriuſque tranſigentis conſenſu diſſolvi tranſactio poſſit. *l. ſi diverſa.* 14. *C. hoc tit. l. nihil.* 35. *ff. de reg. jur.* atque hoc procedit non modo re adhuc integra, verum etiam re ſecuta, & reddita: quoniam partium conſenſu vis omnis tranſactioni abrogata eſt. *d. l. ſi diverſa. fac. l. ab emptione.* 58. *ff. de pact.*

8. Unius autem pœnitentia reſcindi non poteſt, nec ſi res adhuc integra ſit. *l. ſi major.* 36. *l. quamvis.* 39. *C. hoc tit.* Nam etſi reus quæ tranſactionis cauſa placita ſunt, præſtare recuſet; tamen ſi aliqua actio ex conventione nata ſit actori, qua quod promiſſum eſt, perſequi poſſit, ea experiri debet, litem deciſam nihilo magis inſtaurare poteſt. *l. ſi pro fundo.* 33. *C. eod.* Idemque eſt, ſi reo promiſſa tranſactionis cauſa non implente, pœna in ſtipulationem deducta ſit. *l. promiſſis.* 37. *C. eod.* Quod ſi nulla eo nomine actori ſit actio, poterit quidem ille jam veterem actionem inſtaurare. *l. ſi inſtituta.* 27. *ff. de inoff. teſtam. l. ſive apud.* 28. *C. hoc tit. l. cum proponas.* 21. *C. de pact.* cæterum qua non abſolute conſequatur, quod ea actione petit, ſed alterutrum, vel quod petit, vel quod reus tranſactionis cauſa promiſit, *d. l. ſive apud. C. hoc tit.* bene & plene *Donell. in d. l. ſi major.* 36. *eod.*

9. Præterea reſcinditur tranſactio facta cum minore viginti quinque annis. *l. non minorem.* 20. *in fin. l. ſi majores.* 25. *l. ſi major.* 35. *C. hoc tit.* a contrario ſenſu. Sed non aliter, quam ſi hæc tria a minore doceantur. 1. ſe minorem 25. annis eſſe. 2. ſe læſum aut captum. 3. ſe imbecillitate conſilii & ætatis lubrico in eam captionem incidiſſe: hoc enim & in aliis cauſis omnibus obtinet, adverſus quas reſtitutionem poſtulat. *l. verum.* 11. §. 3. & 4. *l. intra.* 39. *l. de ætate.* 43. *ff. de minor. l.* 4. *l.* 5. *C. eod.*

10. Adhæc & eam tranſactionem retractari poſſe placet, quæ ex falſis inſtrumentis interpoſita eſt, id eſt cui falſa inſtrumenta cauſam dederunt, cum quis videlicet falſis inſtrumentis ab adverſario prolatis, horum metu inductus tranſegit. *l. pen. C. hoc tit.* quippe cum eadem ex cauſa etiam res judicata reſcindatur, ut modo diximus. *l.* 1. & *paſſ. C. ſi ex falſ. inſtrum.*

11. Non ignobilis hic occurrit quæſtio, an ob enormem læſionem reſcindi debeat tranſactio beneficio *l.* 2. *C. de reſc. vendit.* puta ſi quis dicat ſe duplo minus ex cauſa tranſactionis accepiſſe, quam ei debebatur, aut quam in petitione deduxerat. Ego ſimpliciter id negandum exiſtimo, nec unam ob rationem. Etenim tranſactio comparata eſt ad lites finiendas. *l. fratris.* 12. *C. hoc tit.* ſicut & jusjurandum, cui tranſactio æquiparatur. *l.* 1. & *l.* 2. *ff. de jurejur.* Et ideo quemadmodum dato jurejurando non

non aliud quæritur, quam an juratum ſit, omiſſa quæſtione, an debeatur. *l.* 5. §. 2. *ff. eod. tit.* ſic lite tranſactione bona fide ſopita nihil amplius quærendum quam an tranſactum ſit: ne alioqui remedium finiendarum litium, fiat earundem ſeminarium: eſtque in eam rem textus notabilis in *c.* 1. *x. h. t.* nec aliam rationem habet, quod placuit ne principali quidem reſcripto litem tranſactione legitima finitam reſuſcitari oportere. *l. cauſas.* 16. *C. hoc tit.* Sed nec minorem auctoritatem habet tranſactio, quam res judicata. *l. non minorem.* 20. *C. eod.* At res judicata prætextu læſionis non retractatur. *l.* 4. *C. de re judicat.* Et ſicut ex cauſa judicati ſolutum non repetitur condictione indebiti. *l* 1. *C. de cond. indeb.* ita nec ſolutum ex cauſa tranſactionis, etſi debitum non ſit. *l in ſumma.* 65. §. 1. *ff. eod. tit. l.* 6. *C. de jur. & fact. ignor.* Quid quod pecunia, quæ tranſactionis cauſa ſolvitur, non datur tanquam in præteritum debita; ſed ob cauſam futuram, ut aliquid ſequatur. *l. nec intentio.* 23. *C. hoc tit.* quod apprime notandum eſt. Et ſatis abundeque magna cauſa eſt, cur detur, quod a lite diſceditur. *d. l. in ſumma.* §. 1. *ff. de cond. ind. Il. gaigne aſſez*, ajunt Galli, *qui ſe met hors de proces.* Adhoc nec ob reperta poſtea inſtrumenta tranſactio reſcinditur. *l. ſub prætextu.* 19. *C. hoc tit.* At quæ juſtior cauſa læſionis, aut quæ gravior læſio? Poteſt enim inſtrumentum oſtendere liquidum & integrum jus, quod forte accepta decima parte remiſſum ſit. Scævola in *l. Lucius Titius.* 78. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.* caſum proponit, quo reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe: qui ſane locus non poteſt intelligi de tranſactione interpoſita poſtquam jam inſtrumenta reperta eſſent; ut putat Chriſtinæus *vol.* 3. *deciſ.* 67. *n.* 3. alioqui non tranſactio ea, ſed gratuita pactio & liquidi juris remiſſio eſſet: & quid ſi poſtea tranſactum, an ideo minus audiendus, qui cauſabitur enormem læſionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an reſcindenda ſit tranſactio propter inſtrumenta poſtea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius, quam reſtitutum erat, in hereditate fuiſſe; ſed illud tantum, an in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniri queat. Unde intelligimus tanto minus tranſactionem bona fide interpoſitam prætextu læſionis reſcindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut ſi tranſactum ſit in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniatur. Etenim palam eſt tranſactione reſciſſa omnia in priſtinum ſtatum reſtitui: ſecus autem eſſe, ſi quis in reliquum duntaxat conveniri poſſit.

12. Non movet *l. ſi ſuperſtite.* 5. *C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ quæ cum patre ſuper cauſa geſtæ tutelæ bona fide tranſegerat, ob immodicam læſionem actio in factum adverſus patrem datur. Nihil enim minus ex iſto loco colligi poteſt, quam tranſactionem bona fide interpoſitam ſolo læſionis prætextu poſſe reſcindi. Ajunt Impp. ſi filia immodice læſa fuerit ex liberatione quæ tranſactionem ſecuta ſit novatione & acceptilatione ſolenniter interpoſita, ei non quidem de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actionem tribuendam eſſe. Hic igitur locus de alio caſu accipi non poteſt, quam quo immodica illa læſio intervenerit dolo patris, liberatione per fraudem filiæ expreſſa, & nimirum, quo ſi adverſus extraneum ageretur, competeret actio de dolo. Dolum legibus vindicari nemo negat: ſed illud quoque in confeſſo eſt de dolo agi non poſſe niſi cum eo, in cujus perſona dolus arguitur. Nam cum hæc actio ſit in perſonam, non in rem ſcripta, atque adeo famoſa (quam ob cauſam nec inter extraneos

competit, si de ea re alia sit actio. *l.* 1. §. *pen.* & *ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio non sit. *l. non debet.* 11. *ff. eod.*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit. *l. sed &.* 15. §. *ult. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormissima, ut a pragmaticis vocatur, læsio, V. C. quæ ultra bessem sit, dolum re ipsa inducat, paremque cum dolo ex proposito vim habeat commentum est interpretum in *l. si quis.* 36. *ff. de verb. oblig. vid. Ant. Fab. Cod. suo for. hoc tit. def.* 4. & *de resc. vend. def.* 3. Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id non debet interpretationem recipere ex l. 2. C. de resc. vend. quoniam dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimatur. *l. dolus.* 10. *C. eod. tit.* nec unquam esse potest ἄνευ προαιρέσεως. *l.* 1. §. 2. *ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quia si modica tantum læsio interveniret, non facile adversus patrem actio in factum subsidiaria actionis de dolo daretur; sicut nec dari solet actio ipsa de dolo pro modica summa adversus alium quemlibet. *l. si quis.* 9. §. *ult. cum l. seq. d. tit.* ut bene *Ant. Fab. dec.* 1. *err.* 7. adde eund. *dec.* 8. *err.* 10.

13. Denique ratio cur actori transigenti hoc beneficium concedendum non videtur, sita est in dubio litis eventu. Quid enim? forte illi non debebatur, quod petebat: & dato debitum fuisse, quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat, aut propter impensas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio? Quæ dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait Ulpianus. *l.* 29. §. 3. *ad leg. Aquil.* imo vix est, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatio: fateor dubium eventum æstimari posse. *l.* 23. *ff. fam. erc. l.* 12. *ff. de act. empt. l.* 11. *de her. vend.* sed nego dubii eventus certam posse constitui æstimationem, *d. l.* 29. §. 3. *l. quod debetur.* 51. *de pecul.* ac proinde nec certa læsio dici potest, quæ ex hujusmodi eventus dubii æstimatione inducatur: & tamen certam esse læsionem oportet, & quidem contractus tempore precise inspecto, ut locus sit *l.* 2. *l.* 8. *C. de resc. vend.* quam ob causam etiam recte defenditur, remedium *d. l.* 2. locum non habere in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur. *l.* 8. §. 1. *ff. de cont. empt. l.* 2. §. 3. *l.* 4. *l.* 11. *l.* 14. §. 1. *ff. de her. vend. l. si plus.* 74. §. *ult. ff. de evict. l.* 1. *C. eod.* In reo transigente non videtur huic quæstioni locus esse, quippe cum nemo plus dare soleat, quam ab ipso petitur: sed tamen potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quam petitur, potest tamen dicere se nihil debuisse, & nihilominus ad vitandam litem aliquid dedisse: quo tamen casu cum cesset condictio indebiti, quæ & ipsa ex humanitate & bono atque æquo introducta est. *l. pen. ff. de cond. ind.* etiam cessare debet remedium *d. l.* 2. Scio Pinellum *ad. d. l.* 2. *p.* 1. *c.* 3. *n.* 5. & bonam cum eo partem interpretum, beneficium *d. l.* 2. porrigere ad quoscunque contractus, etiam stricti juris, ipsamque adeo transactionem: sed sane beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temere ad stricti juris judicia producendum est; utique non ad transactionem, quæ ad liberationem & lites sopiendas comparata est; quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n.* 10. audaci sane interpretatione & multarum litium semina continente. optime *D. Andr. Gail.* 2. *obs.* 70. *Damhoud. Prax. civ. c.* 200. *n.* 6. & *seqq. Ant. Fab. dec.* 8. *err.* 10. *Diod. Tulden. ad tit. Cod. de resc. vend. n.* 5. *add. Christin. vol.* 1. *decis.* 288. & *vol.* 3. *decis.* 67. & *ibi alleg.*

14. Po-

14. Postremo etiam transactio dolo malo facta rescindi potest. *l.4.l.sub prætextu.* 19. *C. hoc tit.* Non est hic ipso jure nulla, etiamsi dolus causam transactioni dederit: Nam in solis bonæ fidei judiciis hoc receptum est, ut dolus dans causam contractui eum reddat ipso jure nullum. *l. 7. pr. de dol. l. in causa.* 16. §. 1. *de minor.* in strictis judiciis non item. *l. si quis.* 36. *de verb. oblig. l.* 5. *C. de inut. stip.* cujus generis constat esse transactionem. Et ideo quod in *l. in summa.* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* dicitur, ubi evidens calumnia detegitur, transactionem imperfectam esse & repetitionem dari, ad effectum & exitum referri debet, non ad jus summum: hoc enim ipsum, quod repetitio dari dicitur, satis arguit pecuniæ ob transactionem datæ dominium esse translatum, & summo jure processisse, quod gestum est. Cæterum qui dolo adversarii deceptus est, & circumventus, in hoc, ut transigeret; siquidem actor est, eique adhuc superfit actio, veluti si tantum pactus est se non petiturum, poterit instaurare actionem, reumque excipentem de pacto doli mali replicatione removere. *d. l. sub. prætextu.* 19. *C. hoc tit. l.* 5. *C. de pact.* Sin autem vetus actio sublata est, ut fit cum actor reum interposita stipulatione Aquiliana, & secuta acceptilatione liberavit, poterit intra tempus constitutum exercere actionem de dolo. *d. l. sub. prætextu. l.*4. *C. eod.* Reus deceptus si nondum præstitit, quod transactionis nomine promisit, habet, si conveniatur, exceptionem doli: si præstitit, habet ultro condictionem sine causa, qua repetat datum ob eam causam, quam jure non subesse postea apparuit. *l.* 1. *ff. de cond. sine caus. Don. ad d. l. sub prætextu. & l. pen. C. hoc. tit.*

15. Jurata transactio non tantum servari jubetur, sed etiam in eum, qui non servat & contra eam venit, pœna statuitur, eaque duplex. 1. infamia. 2. ut pœnam conventam solvat, & tamen agere non possit. *l. si quis major.* 41. *C. hoc tit.* Loquitur autem hæc lex nominatim de majore 25. annis, ac proinde ad minorem porrigenda non est, maxime cum sit pœnalis. *fac. l. fere in omnibus.* 108. *l. factum cuique.* 155. §. 2. *de reg. jur. c. in pœnis. x. eod. in 6.* Sed an ista constitutio etiam pertineat ad transactiones ipso jure invalidas, juramento tamen firmatas, quæsitum est. Respondeo tales transactiones jure civili per jusjurandum non confirmari. *l. si ex falsis.* 42. *C. hoc tit. l.* 5. *C. de legib. l.* 7. §. 16. *ff. de pact. l. si quis.* 112. §. *ult. de legat.* 1. secus autem esse de jure Canonum, per *c. cum contingat.* 28. *x. de jurejur. c. quamvis. de pact. in 6.* Exempli gratia, non valet jure civili transactio de alimentis testamento relictis facta citra cognitionem prætoris, etiamsi jurata sit: jure tamen canonico talem transactionem jurejurando firmatam valere satis superque credo me ostendisse *sup. c.* 5.

16. Circa effectum transactionis etiam quæritur de vi ac potestate generalis clausulæ, quæ nonnunquam transactioni de re una, aut etiam pluribus expressim factæ, subjici solet: qua scilicet cavetur, *omnia esse amicabiliter transacta & terminata, actoremque nihil amplius ab eo, cum quo agebat, petiturum.* Respondeo, eam hujus generalis clausulæ interpretationem faciendam esse, ut non de aliis causis transactum videatur, quam quæ specialiter deductæ fuerunt in præsentem petitionem: neque generalem hujusmodi clausulam, quamvis adjectum non sit, *eo nomine*, trahi debere ad controversias, de quibus speciatim dictum aut cogitatum non fuit. *l. qui cum.* 9. *in fin. ff. h. t. l. si de certa.* 31. *C. eod.* & ibi post alios pulchre Mornacius. Quod adeo verum est, ut tametsi stipulatio Aquiliana perimat non modo omnes obligationes, *l.* 4. *ff. eod.* sed etiam actiones in rem; *l. ut responsum.* 15. *C. eod.* attamen generalis clausula stipulationis Aquilianæ hujusmodi

jusmodi transactioni subjecta non alias quæstiones perimat, quam de quibus actum & cogitatum fuit. *l. 5. ff. eod.*

17. Ubi pro eo, quod vulgo legitur, *Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit.* Grotius in *sparf. flor.* post Desiderium Heraldum reponit, *Liberationem enim captiosam interpretatio prudentum fugit.* Et recte: neque enim de donatione agit jurisconsultus, sed de liberatione, quam affert novatio, quæ fit per Aquilianam stipulationem & præcedentem obligationem perimit; quod & Pet. Faber jam antea animadvertit in explicatione *l. Divus Pius. 28. de reg. jur.* Quidam vir doctus *c. 24. ad jus Attic.* legi vult, *Literatitatem enim*, &c. quam vocem apud bonos auctores, certe apud nostros haud temere reperias: & videtur auctor iste parum æquus in Heraldum judex: aut certe aliquid humani passus contradicendi studio.

18. Nam & *c. 25.* ubi cum in *l. & si quis. 14. §. sed interdum. 7. ff. de religios.* ita scriptum sit, *utrum negotium quis vel defuncti, vel heredis, vel ipsius humanitatis*, &c. eam scripturam mordicus retinendam censet, cum Heraldus pro *humanitatis*, legendum *hæreditatis* judicasset, quo nec verius restitutus ullus locus, nec menda ulla acutius animadversa est: quod & Grotio in *flor. sparf.* visum. Nam humanitas ad sequens & oppositum membrum pertinet; nec aliud est, quam misericordia. Hereditatis autem negotium gerit, qui heredem non novit, attamen ei vult imputare, quod facit. Sed hoc leve est. Rara enim magna ingenia sine istiusmodi nævulis: quibus nec ipse Aristoteles caruit; nec veteres JC. præsertim Labeonis Epitomares, Javolenus & Paulus, ut alibi ostendo.

19. Cæterum quod diximus, etiamsi transactioni de controversia aliqua factæ subjecta sit clausula, *nihil amplius peti*, non addito *eo nomine*; tamen eam clausulam trahendam non esse ad eas res aut causas, de quibus actum non est, ei obstare videtur locus Scævolæ in *l. qui Romæ. 122. §. ult. de verb. obl.* ubi talis species proponitur: Duo fratres consortes paternam hereditatem inter se diviserunt, transigendi, ut plerumque fieri solet, causa. *l. tres fratres. 35. ff. de pact.* & caverunt invicem, *nihil se contra eam divisionem facturos, & si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit.* Erant autem testamento patris invicem rogati, ut qui prior sine liberis vita fungeretur, partem suam fratri superstiti restitueret. Uno igitur ex iis sine liberis defuncto aliis scriptis heredibus, ab his superstes frater hereditatem petiit ex causa fideicommissi. Ait jurisconsultus adversum eum pronunciatum esse, quasi de hoc quoque in divisione transactum fuisset; nempe eum repulsum esse exceptione transactionis, cum tamen, si vera sunt, quæ diximus, divisio illa per se non sit idoneum argumentum remissi fideicommissi. Respondeo, judicem, ut ita pronunciaret, alia argumenta movere potuerunt: neque enim verisimile est eo solo motum fuisse, quod fratres bona paterna transactione interposita divisissent, sed quia aliunde ei liquebat & satis probatum erat, de fideicommisso quoque fratres inter se transegisse. Quod si hæc responsio, quæ Cujacii est, non placet, dicam perperam illic a judice pronuntiatum fuisse, quod & aliquo modo ipse Scævola innuere videtur. Notum autem rem judicatam pro veritate haberi, eique standum esse, etiamsi male judicatum sit: & ob id etiam pœna in casu proposito censetur commissa. *d. §. ult. in fin.* & ita judicatum in supremo senatu Hollandiæ decis. 43. & curia Frisiæ. Sande *l. 4. tit. 5. defin. 14.*

20. Plane si tam aperta & enixa sint verba generalis clausulæ, ut dubitari nequeat, quin

quin de quæstionibus omnibus fuerit cogitatum, idque inter transigentes actum appareat, ne qua litis materia superesset, neu quid relinqueretur indecisum, tunc non debet illa generalis clausula coangustari ad rem certam, de qua nominatim etiam actum & transactum sit, & quæ transactioni occasionem causamque dederit: sed generalis decisio generalem quoque recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter transigentes superit, qui non a lite tantum, verum etiam ab omni litis metu discedere voluerunt; Glossa notabilis in *l. sub prætextu.* 29. *C. h. t. Duar. ad h. t. c.* 4. *in fin. Mornac. in d. l.* 29. Idque est, quod veteres quidam dicere solebant, caveant sibi contrahentes a stipulatione Aquiliana. *Ant. Fab. Cod. suo for. h. t. defin.* 6. *&* 12. Illud autem extra omnem controversiam positum est, transactionem generalem factam super petitione generali officere transigentibus etiam quoad species postea repertas; quæ tempore transactionis latebant, dummodo ad idem genus pertineant. *d. l. sub prætextu.* 29. *C. h. t. & ibi Gloss. & DD.* ut idem hic sit effectus transactionis qui & sententiæ super petitione generali latæ: constat autem sententiam conformem esse debere libello, id est, petitioni & contestationi. *l. ult. C. de fideic. libert.* & ita cape Mornacium in *d. l.* 29. cum ait hujusmodi transactionem etiam ad ea pertinere, de quibus cogitatum non est: quod alioqui falsum est. Nunquam enim transactio, quantumvis generalis, trahenda est ad eas res, de quibus inter transigentes nec actum nec cogitatum est. *l.* 5. *l. qui cum tutoribus.* 9. §. 1 *& ult. ff. h. t.* bene & distincte Donell. ad *d. l.* 29.

FINIS.

INDEX RERUM
ET VERBORUM.

A.

B.

C.

Fide-

L.

M.

Man-

Po-

Q.

R.

S.

T.

Trans-

FINIS.

ARNOLDI VINNII, JC.
SELECTARUM JURIS
QUÆSTIONUM
LIBRI DUO.

Doctissimo Consultissimoque & morum integritate ac pietate ornatissimo,

D. JOHANNI SICXTI
FIL. J.U. DOCTORI
ARNOLDUS VINNIUS
S. P. D.



PRODEUNT tandem in lucem, mi SICXTI, selectæ nostræ quæstiones, quæ aliquamdiu apud Typographos latuere causantes chartæ penuriam. Opus est subcisivi temporis & feriarum, a multis, ut tute scis, avide expetitum: quanquam ego, quam ob causam tantopere expetitum sit, conjicere non possum. Expectaverunt fortassis illi magnum aliquod volumen: at ecce hic pro amphora, quam imaginati sunt, urceum. Neque vero unquam mihi propositum fuit justum controversiarum volumen conscribere, quod & a multis factitatum, & nequaquam difficile est: sed paucas duntaxat ex variis materiis decerptas per dies vacuos meo more judicioque tractare; paulo scilicet aliter, quam illi facere solent, qui tantum pro & contra, ut loquuntur, disputant, quorumque in scriptis primum & postremum est *obstat & respondeo.* Cæterum etsi me non fugit, quid de ejusmodi opera judicent viri docti, nempe nihil admodum inde commodi ad studiosam juventutem posse redundare: ego tamen aliorum laboribus nihil detractum cupio, & facile patior suum quemque judicium sequi, quemadmodum ipse hic secutus sum meum. Nolui quæstiones ipsas simulac primum propositæ sunt, exequi, seu id quod in quæstione est, protinus excutere: sed prius quam eo deveniam, præcursionem quandam adhibere, sive προθεωρίαν, cujus ope lector non modo statum controversiæ melius & perfectius intelligere; verum etiam ipsius materiæ, atque eorum, quæ circa quemque articulum certi & explorati juris sunt, cognitionem aliquam

adipiſci queat: ratus inde potiſſimum quæſtionis cujuſque deciſionem petendam eſſe, unde, hoc eſt, ex quorum ignoratione omnis fere ab initio nata eſt ambiguitas. Nolui denique toties, & tantum non perpetuo repetere τὸ *obſtat & reſpondeo*: ſed jugi, & quoad fieri potuit, ſermone non interrupto conatus ſum ſimul & lectorem oblectare, & rem omnem ac difficultatem expedire. Perit orationis ſuavitas crebra repetitione τοῦ τὸν δ' ἀπαμειβόμενος, atque id lectoribus, præſertim literatis, etiam faſtidium parit. Hunc ego librum ad te, Sicxti cariſſime, mitto; rogoque ut eum tanquam teſtem & pignus amoris erga te mei accipias, atque apud te eſſe ſinas. Adjunximus huic comites Orationes duas filii noſtri Simonis Vinnii B. M. quarum alteram ille habuit, cum publice Doctor Juris renunciaretur; alteram pridie ejus diei, quo interpretationem Regularum Juris ex auctoritate publica in hac noſtra Academia auſpicatus eſt. Accedunt præterea & Ἐνόμια quædam, nec non in præmaturam & nobis acerbiſſimam ejus mortem Θρηνῳδίαι, quæ tibi quaſi præcipui titulo deberi exiſtimavi. Tu enim tam libere, tam conjuncte & amanter cum eo vixiſti, ut non niſi morte dirimi tanta animorum & ſtudiorum conjunctio potuerit. Ita eſt, multis ille quidem & bonis omnibus flebilis occidit: tuum vero animum, ſat ſcio, tam cari capitis repentina atque inopinata mors haud ſecus afflixit, ac ſi fratrem germanum amiſiſſes. In quo expertus es, quantam vim habeat mutui amoris vinculum, quod ſincera nexuit amicitia. Sed faceſſant jam iſta. Quod ad me attinet, cogito nihil mihi accidiſſe novi, nihil quod non aliis quoque contigit, & contingit cottidie: ſic Deo viſum vitæ mortiſque domino. Hæc ſunt mei mœroris ſolatia. Denique non ignarus mali jam a multis retro annis moderatius ferre didici eos caſus, qui humana prudentia vitari non poſſunt. Alias etiam finem dolendi qui conſilio non fecerunt, tempore inveniunt. Tibi, quod ſupereſt, gratulor, quod tandem convalueris ex gravi illo morbo, cum quo trimeſtri ſpatio amplius conflictatus es. Nunc priſtinæ valetudini Dei benignitate reſtitutus da operam, ut eam ſartam tectam conſerves. Utere adhuc, ſaltem ad tempus aliquod, certa victus ratione ex præſcripto & conſilio Medicorum, & recte atque ordine feceris. Fortaſſis & noſtra hæc & illa Filii mei ſuam hic conferent ſymbolam. Bene vale, dulciſſime Sicxti, & me tui amantiſſimum redama. Lugduni Batavorum IX. Kalend. Semptembreis cIɔ Iɔ CLIII.

SYL-

SYLLABUS CAPITUM
LIBRI I.
CAP. I.

XL. *An*

SYLLABUS CAPITUM LIBRI II.

CAP. I.

vim



ARNOL-

ARNOLDI VINNII JC.
SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM
LIBER I.
CAPUT I.

An sine exceptione, quicquid contra legem fit, sit ipso jure nullum?



QUICQUID contra legem fit, id pro infecto haberi & ipso jure nullum esse, jubent Impp. in *l. non dubium. 5. C. de legib.* Igitur verbi causa, si filiusfam. sine consensu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur. *§. si adversus. 12. Inst. de nupt.* Si in testamento faciendo ea, quæ ad juris solemnitatem pertinent, omissa fuerint, deficit jure testamentum, *l. 1. ff. de injust. rupt. test. l. si unus. 12. C. de testam.* Si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, id est, neque heredem instituerit, neque ut oportet, exheredaverit, testamentum prorsus inutile est & nullius momenti. *Inst. de exher. lib. in pr. l. propen. ff. de lib. & posth.* Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum sine decreto alienaverint cassa est atque ipso jure nulla alienatio. *tit. C. de præd. min. sin. dec. non alien.* Sed & si quid factum est, non quidem adversus expressam legis prohibitionem, verum contra mentem ejus & sententiam, etiamsi lex id verbis non expresserit, placet nihilominus actum ipso jure esse invalidum & nullum. *d. l. non dubium. pr. C. de legib. l. hoc modo. 64. §. 1. ff. de cond. & dem.* ubi & exemplum. Aliud exemplum habemus in *l. si sponsus. 5. §. circa. 5. ff. de donat. int. vir. & l. ux. si quis. 38. ff. de contr. empt.* nempe si vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipso, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut frustra & inutiliter fiat, quod prohibitum est: adeo ut nec opus hic sit aliqua vel exceptione, vel rescissione aut restitutione. Nec ipse actus solum legi contrarius ipso jure inutilis est, sed etiam quicquid tali actui accesserit, sive pactum, sive stipulatio, sive jusjurandum. *d. l. non dubium. in fin.* nam accessio sequitur conditionem causæ principalis. Cæterum quod de jurejurando ibi dicitur, id jure Canonico ex parte mutatum est. *c. cum contingat. ext. de jurejur. & C. quamvis. de pact. in 6.* ubi Pontifices non tantum ipsum jusjurandum actui quantumvis inutili accedens servari volunt, sed etiam actum jure inutilem eo confirmari & validum fieri. Utique tamen non derogant in totum dispositioni. *d. l. non dubium.* Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis & bonis moribus contrarius est, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel quia

 jus-

jusjurandum vergit in præjudicium alterius, aut servari non potest sine dispendio æternæ salutis, juri antiquo & civili locum relinquunt. Et ergo jure Pontificio juramentum tollit defectum nullitatis & restitutionem in integrum, ut loquuntur Bartolus & Salicetus in *auth. sacramenta puberum. C. si. advers. vendit.* ac probabile omnino est Imp. Fredericum in d. authent. secutum auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat, idem juramentis robur ex sua auctoritate addere voluisse, quod a Pontificibus acceperant; ut recte meo judicio sentiant, qui ampliandæ *l. 1. C. eod. tit.* authenticam illam ab Irnerio subjectam putant: sed hæc non sunt hujus disquisitionis.

Quæritur autem an semper & sine exceptione verum sit, quod diximus, pro infecto & nullo haberi, quod contra legem fit, sive contra quam lege cautum est. Et siquidem lex simpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, recte colligimus & statuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, & ipso jure esse nulla: tunc enim hanc esse pœnam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum est, infectum sit, id est, cassum & irritum prorsus, veluti si filius sine consensu patris matrimonium contraxerit, si vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, aut sub conditione, quæ non sit in ejus potestate, heredem instituerit, si quis in fraudem creditorum manumiserit, si minor natu majorem adoptaverit &c. Sed & si lex ulterius procedat & pœnam adjiciat, idem adhuc dicendum est, modo pœna adjiciatur annullationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum est ipso jure, quod factum est & præterea pœna adjecta annullationi præstanda est. exempla habemus in *l. 4. l. 6. cum auth. seq. C. de incest. nupt. l. un. C. si quacunque præd. pot. l. pen. C. d. interd. matr. int. pup. l. eum qui. 18. C. ad leg. Jul. de adult. l. ult. ff. de rit. nupt.* cum similib. quibus locis incestæ & prohibitæ nuptiæ non solum cassæ & irritæ esse jubentur, verum etiam qui tales nuptias contrahunt, variis pœnis pro varietate delicti afficiuntur. At enimvero cum lex aliquid fieri vetat, & pœnam si contra factum erit, nominatim constituit, non actum annullando, sed ita ut quod factum est, valere aliquo modo & subsistere patiatur, cæterum remedium suppeditet, quo id postea rescindatur aut alias infirmetur, pœnave aliqua facienti irrogetur, quod factum est, ipso jure subsistet, ut lex vult, sed rescindi aut irritum reddi poterit, eritque ea pœna, quam lex constituit. Exemplo sint Senatusconsulta Macedonianum & Vellejanum; quorum illud vetat filiofam. mutuam pecuniam dari; hoc comprehensum est, ne fœminæ pro ullo intercedant: & tamen si aut filiofam. mutua pecunia data sit, aut fœmina pro alio intercesserit, actus iste non est ipso jure nullus, quoniam neutro Senatusconsulto plane annullatur, sed aut actio contra filiumfam. mulieremve denegatur, si constet contra Senatusconsulta factum esse, aut si de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio. *tit. ff. & C. de Senatusc. Maced. & ad Senatusc. Vellejan. junct. l. nam posteaquam. 9. pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, si hæredes non instituantur, exheredari jubet, & tamen si neque heredes instituti, neque exheredati fuerint, non ideo testamentum patris jure prætorio nullum est, quia prætor patitur subsistere, & tantum remedium suppeditat, quo id rescindatur, data scilicet præteritis bonorum possessione contra tabulas testamenti paterni. *§. emancipatos. 3. Inst. de exher. lib. l. 1. & tot. tit. ff. de bon. poss. cont. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris est, nubit, contra legem facit. *l. 1. ff. de his qui not. infam.* non ideo tamen matrimonium ipso jure

jure nullum eſt: imo nec reſcinditur, ſed infamis fit mulier, & alias quoque pœnas patitur. *l. 1. C. de ſecund. nupt.* Atque hinc pendet deciſio nobiliſſimæ quæſtionis de exheredatione liberorum facta aut ſine juſta cauſa, aut nulla ingratitudinis cauſa expreſſa, utrum ob id teſtamentum patris ſit ipſo jure nullum ex conſtitutione Juſtiniani *Nov. 115. c. 3.* an hoc non obſtante teſtamentum nihilominus ipſo jure ſubſiſtat, atque ad id reſcindendum etiamnum querela inofficioſi ſit opus? De quo agemus ex profeſſo *lib. 2. quæſt. 21.* Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum eſt, reſcindi aut ipſo jure nullum eſſe, niſi & in totum contra legem factum ſit; alias non niſi quatenus in legem peccatum: verbi gratia, ſi quis majores, quam licet, uſuras ſtipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit ſtipulatio, ſed duntaxat quatenus legitimum modum excedit. *l. placuit. 29. ff. de uſur.* Non in totum irrita eſt donatio, quæ ſummam lege definitam excedens actis inſinuata non eſt, ſed tantummodo eatenus, quatenus ſuperat definitionem legis. *l. ſancimus. 34. C. de donat.* Sic remiſſione cautionis fructuariæ facta a teſtatore non vitiatur legatum ipſum uſusfructus, ut perperam exiſtimavit Hunnius 2. *Reſol. tr. 2. q. 26.* ſed remiſſio pro non ſcripta habetur: quoniam non in legando uſufructu, ſed tantum in remittenda cautione contra legem fecit teſtator. *l. 6. ff. in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufruct.*

CAP. II.

Leges interpretari ſit ne ſolius Principis, an vero & quo caſu etiam privatorum?

SICUT ſolius Principis eſt leges condere, ita & ejus ſolius eſt leges interpretari; quæ ſententia multis locis expreſſa eſt. *l. 1. l. leges. 9. l. ult. C. de legib.* & ab ea initium ſumit Novella Juſtiniani *de mul. rapt. paſſ. 143.* Quis enim, ut idem Imperator ait *d. l. ultim. C. de legib.* legum ænigmata ſolvere & omnibus aperire idoneus eſſe videbitur, niſi is, cui ſoli legiſlatorem eſſe conceſſum eſt? Nulline igitur leges interpretandi jus eſt ſolo Principe excepto? Nulli ſane tale, quale Princeps habet, ut ſcilicet interpretatione ſua mentem legis latæ egrediatur, aut prætextu æquitatis a mente legiſlatoris recedat, quoniam id non eſt ſervare legem interpretando, ſed mutare, quod nemini licet, niſi Principi. Et hoc eſt, quod Conſtantinus reſcribit *l. 1. C. eod.* inter æquitatem juſque interpoſitam interpretationem nobis ſolis & oportet & licet inſpicere. Et Valentianus *l. 9. C. eod.* duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione emendari. Quibus convenit illud Harmenopuli *lib. 1. tit. 1. §. 33.* ὅταν δὲ ἕτερόν τι τὸ νόμιμον βούλεται, ἕτερον δὲ τὸ δίκαιον, μόνος ὁ βασιλεὺς τὴν περὶ τούτου τέμνει ζήτησιν. id eſt, cum aliud jus ipſum, aliud æquitas poſtulat, controverſiam hanc ſolus Princeps dirimit. Ac proinde ſi ex verbis legis tam aperta ſit legiſlatoris voluntas, ut de ea dubitari non poſſit, ſervanda lex eſt, quamvis dura & aſpera videatur: nam credendum eſt, legiſlatorem certa ratione ductum, ita conſtituiſſe, licet nos rationem, quæ eum moverit, expedire non poſſimus. *l. non omnium. 20. ff. de legib. l. 9. ff. de religioſ.* Scilicet hoc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando ſequamur, quamvis forte, id quod ſequimur, altero, quod non ſequimur, non ſit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum eſt, neque de legibus, quarum certa eſt ſententia, diſputari oportet; cum alioqui multa eaque certiſſima poſſent ſubverti *l. & ideo. 21. ff. de legib.* rueretque legum auctoritas, ſi in rationem

tionem earum nimis anxie inquirere liceret, ut diſputat Plato *lib.* 1. *de legib.* Unde Auguſtinus *lib. d. vera relig. c.* 32. In iſtis, inquit, temporalibus legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas inſtituunt; tamen cum fuerint inſtitutæ & firmatæ, non licebit judici de ipſis judicare, ſed ſecundum ipſas. *cap.* 3. *diſt.* 4. Exemplum habemus in *l. proſpexit.* 12. *ff. qui & a quib. man.* Lege Julia de adulteriis coercendis cavetur ne ſervi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extra miniſterium ejus fuerunt, vel in provincia, manumittantur, & ſic quæſtioni ſubducantur. Hoc licet nobis, quos ſæpe ratio legis latet *l. non omnium.* 20. *ff. de legib.* durum videatur, tamen cum id benigna interpretatione emendari nequeat ſalva voluntate ligiſlatoris, juxta *l. benignius.* 18. *ff. eod. tit.* neque in iis,quæ lex diſponit, debeat judex ipſa lege eſſe clementior. *Nov.* 82. *c.* 10. Princeps hic conſulendus erit & nobis cum Ulpiano reſpondendum, hoc perquam durum eſt, ſed lex ita ſcripta eſt: neque enim ubi aperta ſunt, atque inter ſe conveniunt verba legis & ſententia, voluntatis quæſtio admittenda eſt,ſed legi parendum,& voluntas condentis nobis pro lege eſſe debet, *dd. ll.* Nepos poſt mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hæreditatem vocatur,ut ſuus heres; neque jure prætorio ad bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus. *l.* 6. *cum.* 2. *ſeqq. ff. de ſuis & legit. l.* 6. *pr. ff. de injuſt. rupt. teſt. l.* 1. §. 8. *ff. unde cogn.* §. *& licet.* 8. *Inſt. de her. quæ ab int.* Fatendum quidem eſt durum eſſe & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi a ſucceſſione avi, a quo utique non minus deſcendit,& cujus ſanguis non minus eſt,quam qui vivo eo nati aut concepti ſunt: ſed tamen judicis partes hic quieſcere debent: quippe cui quidem licet a verbis legis recedere,ſed ita,ut ab ejus voluntate ſemper ſtet. *d. l.* 18. *ff. de legib.*& ſecundum eam ſententiam ferat. *Inſt. de offic. jud. in pr.* Quinimo nulla eſt ipſo jure & ἄνομος ſententia,quæ expreſſim contra juris rigorem lata eſt. *l. ſi expreſſim.* 19. *ff. de appell.* An autem, ut quidam putant, a Juſtiniano hujus juris ſive ſubtilitas ſive aſperitas ſublata ſit *Nov.* 118. *c.* 1. ad voluntatis quæſtionem pertinet, de quo poſtea. Si quis in rem alienam impenſas fecerit, earum ſervandarum cauſa unum tantum remedium jure noſtro civili proditum eſt, ſcilicet retentio rei oppoſita doli mali exceptione, ſi res a domino vindicetur, *l. ſin autem.* 27. §. *ult. l. ſumptus.* 48. *ff. de rei vind. l. ſi quis.* 11. *l. ſi in area.* 16. *C. eod. tit.* Quod ſi omiſſa hac exceptione poſſeſſor rem reſtituerit, conſtanter traditum eſt, nullam ei impenſarum nomine actionem competere. *l. ſi in area.* 33 *ff. de cond. indeb. l. Paulus.* 14. *ff. de except. doli mal. l.* 14. §. 1. *ff. comm. div.* Hoc autem licet duriuſculum videatur in perſona bonæ fidei poſſeſſoris, non ideo tamen licebit judici contra manifeſtam juris ſententiam aliud remedium excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, atque ita æquitatis ſpecie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hic partes erunt non judicis: quanquam nonnulli exiſtimant, non eſſe alienum a ratione juris noſtri, ut non poſſidenti pro conſequendis impenſis detur actio utilis negotiorum geſtorum, ſed argumentis parum validis: quæ nunc non excutio. Atque hæc una fere fuit omnium edictorum cauſa & totius juris prætorii occaſio, quod ſcilicet ejuſmodi interpretatio aut potius juris civilis correctio a judicibus fieri non poterat: Quam enim multa contra manifeſtam rationem juris civilis a prætore introducta ſunt, in quibus antea nihil ſibi ſumere quiſquam privatus vel judex vel juriſconſultus potuit? Sed & in quæſtione voluntatis interdum Principis deſideratur interpretatio, ſi videlicet verba legis adeo ſint obſcura & perplexa, ut dubitetur, num factum, de quo agitur,legis mente comprehendatur, ſeu an lex ad hypotheſin pertineat, nec ne? Nam & hic

hic adeundus Princeps, qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova lege, si opus est, voluntatem suam declaret. *l. 9. & l. ult. C. de legib. l. & ideo. 11. ff. eod. l. 1. in fin. cum l. seq. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

Sumamus exemplum, ut quod obiter modo attigi, nunc explicem, ex *Nov. 116. c. 1.* ubi Justinianus descendentes seu liberos omnes ante omnes alios vocat ad successionem parentum intestato mortuorum sine ulla gradus prærogativa, id est, sive primi sint, sive inferiorum graduum. Ex hoc autem quidam colligunt jus vetus, quo nepos post mortem avi conceptus a successione ejus tam honoraria quam legitima excluditur, a Justiniano illic sublatum esse. Sed ista collectio valde infirma est: Nam & veteri jure in suis heredibus non servabatur gradus prærogativa. *§. cum filius. 6. Inst. de her. quæ ab int.* & nepotes ex filio emancipato nati ex edicto jungebantur patri suo. *l. 1. §. si quis. ff. unde lib. & tot. tit. de conjung. cum emanc. lib.* ponendi enim ut olim ita & nunc termini habiles. Itaque cum in Novella ista Justiniani, tollentis tantum discrimina sexus & potestatis, nihil inveniatur, quod ad hujus articuli emendationem trahi possit, quod mutatum non est adhuc vigere debet. At rursus ex diverso illud quoque fatendum est, proposito Justiniani, omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ revocare volentis, admodum consentaneum esse, quod etiam in hoc casu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujusmodi conjecturis correctio juris induci non debet, in hac perplexitate, si forte talis casus inciderit, eum non a judice, sed a Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in potestate judicantis, contra *l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad municip.* & ita *Diod. tulden. in comment. ad Cod. de suis & leg. her. c. 4. arg. l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

Quod si verba legis non sint usqueadeo clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo; neque usque adeo obscura, quin mens legislatoris ex antecedentibus aut consequentibus elici possit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, sive jurisconsultorum aut judicum, qui verba legis ad sententiam interpretando accommodent. *l. 12. & seq. ff. de legib.* atque huc respicit extrema clausula *l. ult. C. eod. tit.* Duplex autem est ejusmodi interpretatio, quarum altera extensiva vulgo nuncupatur, altera restrictiva. Extensivæ usus est, cum sententia legis latior est legis verbis; id est, cum lex minus scripsit, plus voluit: restrictivæ, cum sententia est angustior; id est, cum lex plus scripsit, minus voluit: illa utimur cum verba legis ex sententia extendimus & ad similia producimus: hac, cum verba ex mente legis restringimus. Exempla extensivæ interpretationis peti possunt ex *l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil. l. 4. ff. de fund. dot. l. 7. §. 2. ff. de jurisd. l. oratio. 16. ff. de spons.* cum similib. plane in jure singulari extensivæ interpretationi locus non est: cujusmodi sunt jura minorum, miserabilium personarum, militum, studiosorum, fisci, ecclesiarum, aliaque privilegia personis aut causis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in personis aut causis receptum aut constitutum est, id vetamur producere ad consequentias, neque in eo possumus sequi regulam juris. *l. quod vero. 14. & seq. ff. de legib. l. 1. §. 2. ff. de const. princ.* Restrictivæ interpretationis exempla suppeditant *l. quod dictum. 32. ff. de pact. l. 2. §. 3. ff. ad senat. Vell. l. 6. C. de legib. l. 6. §. 2. ff. de jur. patron. l. illud. 40. pr. ff. de hered. petit. l. 11. ff. de in jus voc.* &c. sic quod generaliter cautum est *Nov. 115. c. 3.* judex interpretatione sua restringere potest & debet ex *l. sicut. 9. & l. seq. C. de test. milit.* quæ licet sint anteriores, ut videri possint *per d.*

nov. 115. utpote poſteriorem, ſublatæ, *arg. l. ult. ff. de conſtit. princ.* tamen quia ſunt ſpeciales, Novella potius ex his explicanda, iſta limitanda & reſtringenda eſt, juxta regulam juris. *l. in toto.* 80. *ff. de reg. jur. fac. l. non eſt novum.* 26. *cum ſeq. ff. de legib.*

Debent autem tam judices, quam juriſconſulti in interpretatione ſibi permiſſa ſequi non rigorem juris civilis, non jus ſummum, quod ſumma ſæpe injuria eſt, ſed quod benignius, quod æquius eſt & melius, exemplo Servii Sulpitii, qui hoc encomio laudatur a Cicerone *Philip.* 9. quod non magis juris conſultus, quam juſtitiæ fuit, propterea quod ea, quæ proficiſcebantur a legibus & jure civili, ſemper ad æquitatem facilitatemque referebat: & Caji illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate ſejunxiſſe memorat idem Cicero in *orat. pro Cæcinna.* eoque pertinent *l. placuit.* 8. *C. de judic. l. benignius.* 18. *ff. h. t. l. in omnibus.* 90. *ff. de reg. jur.* Item, præclaræ illæ Celſi ſententiæ dicentis, ſcire leges non hoc eſſe verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem. *l. ſcire.* 17. *ff. de legib.* jus eſſe artem æqui & boni. *l.* 1. *pr. ff. de juſt. & jur.* Ex his credo, jam dignoſci poterit, quæ ſint in legibus exponendis principum, quæ judicum partes.

CAP. III.

Utrum dare Bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, mixto imperio, an juriſdictioni adſcribenda?

DUPLICIS in argumento de Juriſdictione fit imperii mentio, meri & non meri ſive mixti. Merum imperium definitore Ulpiano, eſt poteſtas gladii ad animadvertendum in facinoroſos. *l.* 3. *ff. de juriſd.* cui deſcriptioni ſi addideris, *vel cujuſvis alterius gravioris coercitionis*, ex *l.* 6. *pr. ff. de offic. proc. l. nemo poteſt.* 70. *de reg. jur.* plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud eſt merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, ſive capite plectendi ſint, ſive tollendi e numero civium ſervitute pœnæ, deportatione, ſive relegandi fuſtigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per ſe ſolum eſt, alterius rei mixturam non habens, ſicut dicimus merum jus gentium, quod non eſt mixtum cum præceptis civilibus. *l. bona fides.* 31. *ff. depoſ.* meram donationem, id eſt, puram & ſimplicem. *l. Aquilius.* 27. *ff. de donat.* merum vinum, quod aqua non eſt dilutum & ſimilia. Eſt autem hoc nomen huic imperio inditum, quia eſt & aliud imperii genus, quod noſtri non merum aut mixtum vocant, propterea quod juriſdictioni cohæret, ſubſervit, ineſt, conſiſtens in modica coercitione, id eſt, executione decretorum & pronuntiatorum in cauſis civilibus; cum merum illud a juriſdictione ſit ſeparatum, & circa criminum animadverſionem verſetur. *l.* 1. *in fin. l. ult.* §. 1. *ff. de offic. ejus &c. l.* 3. *ff. de juriſd.* Igitur mixtum imperium eſt poteſtas cohærens juriſdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo dicta ſunt, intelligi poteſt, nimirum quia conjunctum & unitum eſt cum juriſdictione, ejuſque inſeparabile adjunctum: ſiquidem hæc duo juriſdictio & mixtum imperium, ratione perſonæ cui competunt, indiſſolubili vinculo inter ſe copulata & nexa ſunt, ita ut alterum ab altero divelli non poſſit: nam ſicut magiſtratus eſſe non poteſt ſine juriſdictione, ita nec ſine imperio aliquo, quo juriſdictionem ſuam tueatur, ratumque efficiat, quod ſtatuit aut decrevit. *d. l. ult.* §. 1. Cæterum etſi imperium hoc ita, ut diximus, conjunctum atque unitum eſt

est cum jurisdictione, ut ab ea sejungi non possit, nihilominus tamen, ut nominibus distincta sunt, ita & reipsa sunt diversa, actusque jurisdictionis & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est imperio, neque quod imperii, jurisdictioni attribui debeat. Diversa hæc esse patet cum ex eo, quod mandata jurisdictione etiam hoc imperium simul transire dicitur, tanquam consequens jurisdictionis eique perpetuo cohærens. *d. l.* 1. *in fin. & d. l. ult.* §. 1. *de offic. ejus &c.* tum quod definitur modica coercitio, qua magistratus jurisdictionem suam tuetur & quæ decrevit, exequitur. *d. l. ult.* §. 1. Jam vero quod simul cum jurisdictione transit, quod jurisdictionis tuendæ gratia comparatum est, id utique non est idem cum jurisdictione, sed aliquid ab ea diversum. Actuum quoque diversitas conspicua est, & facile dignosci potest. Nam causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari, captis pignoribus, aut multa exacta, imperii, non jurisdictionis. Et utique cum imperium, quod omnes fatentur, consistat in executione; necesse est, ut actus aliquis jurisdictionis præcedat, quem sequatur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Ac proinde qui decreta & jussa magistratuum imperii esse statuunt, veluti jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, aperte sibi contradicunt, dum ajunt, imperium esse coercitionem, cohærentem jurisdictioni ut nervos habeat, illudque positum esse in executione. ut *Coras.* 3. *misc.* 17. *Duar. de jurisd. c.* 7. *Donel.* 17. *com.* 6. *Vaud.* 2. *quæst.* 35. *Fachin.* 2. *contr.* 95. *Scipio Gentil.* 1. *de jurisd. c.* 3.

Accedamus jam ad disquisitionem problematis nostri, & videamus, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio adscribenda sint, an jurisdictioni? Imperio attribui non possunt. Nam, ut de bonorum possessione primum dicam, nullus in ea danda præcedit actus jurisdictionis, quem prætor eam dando defendat, neminem coercet, neminem multat. Quod si dicat aliquis, præcedere saltem cognitionem aliquam, is cogitet, nullam esse sententiam, quam non præcedat causæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii sunt, posuit unquam sententiam dicere, eum unde petitur, absolvere aut condemnare? Jus dicendæ sententiæ etiam pedanei judices habent, quorum tamen nec proprie jurisdictio est, sed nuda duntaxat notio, id est cognoscendi & judicandi facultas sine exequendi potestate. *l.* 5. *l. a divo.* 15. *ff. de re jud.* Relinquitur ergo ut dicamus bonorum possessionem dare, actum esse jurisdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipsum ex eo quoque manifeste evincitur, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione consistit, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano in *pr. inst. de bon. poss.* correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, sed a jurisdictione prætoris veniunt, unde scilicet omnia edicta proficiscuntur; quod & nominatim de bonorum possessionibus testatur idem Imperator in *pr.* §. 2. *Inst. d. tit.* Quapropter sic omnino habendum est, cum prætor alicui bonorum possessionem dat, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit. *l.* 2. §. 1. *quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse mixti imperii, sed intra terminos consistere jurisdictionis. At enim vero si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, hic jam prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercebit obnitentes. *Fac. l.* 3. *in pr. ff. ne vis fiat ei qui in poss.*

Sed

Sed huic sententiæ objicitur locus Ulpiani in *l. 3. ff. de jurisd.* ubi diserte jurisconsultus ait, mixti imperii esse, dare bonorum possessionem. Sic enim hic locus vulgo, atque in ipso quoque codice Pisano legitur; *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Non auderem asserere locum istum corruptum esse, nisi me moveret summorum virorum auctoritas, & præcipue manifesti juris ratio. Quid igitur? non dubito, quin lectio istius loci sit vitiosa, & vel cum Antonio Goveano ad hanc *leg. n. 34.* legendum: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Nullum enim in veteribus libris frequentius mendum est, quam iterati verbi omissio. Vel cum Ant. Fabro *lib. 4. conject. 4.* pro *quod* substituendum *quæ*, hoc modo *cui etiam jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Nam ex utriusque syllabæ similitudine facile error nasci potuit: & quod caput est, verba sequentia, *jurisdictionem est etiam*, &c. evidenter ostendunt, prius a jureconsulto prolatum esse exemplum jurisdictionis. Hotomannus *lib. 7. obs. 16.* etiam pro his verbis, cui jurisdictio inest, mavult legi, quod jurisdictioni inest, non equidem absque ratione: nam proprie jurisdictio non inest, non accedit, subservit imperio, sed hoc illi. *l. 1. in fin. l. ultim. §. 1. ff. de offic. ejus.* cæterum non semper & ubique æque accurate ipsi veteres loquuntur.

Sed quid jubere cavere prætoria stipulatione & in possessionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adscribi posse superioribus consequens est. Etenim cum prætor cavere jubet, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, id vi jurisdictionis suæ facit, non imperii, haud secus ac si judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui aut exhiberi, & si jussui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adversarius in litem juraverit. Quid quod aperte apud Pomponium scriptum est, stipulationes prætorias omnes & ædilitias a jurisdictione venire. *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* Enimvero si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedunt partes imperii, quod mixtum appellatur, cujus vi decretum suum prætor manu ministrorum, exequitur. *l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in possess.*

Movere neminem debet, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. de jurisd.* & Paulum *l. ea quæ. 26. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, imperii magis esse, quam jurisdictionis. Nam verbo imperii istis locis non significatur imperium mixtum, quo de hic agimus: alioqui dicere debuissent jurisconsulti, ista non esse jurisdictionis, sed imperii mixti: cum vero dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, utique fatentur esse jurisdictionis, sed hoc significat esse hæc jurisdictionis cujusdam eminentioris, atque ut Goveanus loquitur, magis imperiosæ, quam juridicæ: in qua scilicet majorum magistratuum, hoc est, eorum, qui tribunali præsunt, potestas resplendeat: minores enim magistratus, quales erant magistratus omnes municipales, ea quæ excellentiores hujus jurisdictionis sunt, exercere non posse. *d. l. 26. pr. ad municip.* unde alibi eodem intuitu hi magistratus dicuntur esse sine imperio. *l. nec magistratus. 32. in fin. ff. de injur.* cum tamen mixtum imperium conjunctum cum jurisdictione sua habeant. *arg. l. ult. §. 1. ff. de off. ejus. l. 2. ff. de jurisd.* & utique jurisdictionem suam captis pignoribus tueri possint. *l. quemadmodum. 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

tut. Numeratur inter ea, quæ imperii magis, quam jurisdictionis sunt, & quæ, ob id magistratus inferiores facere non possunt, etiam restitutio in integrum. *d. l. 26. §. 1. ff. ad munic.* At nec in integrum restituere mixti imperii actus est: sed species splendidioris illius, quam dixi, jurisdictionis. Quæ enim hic coercitio? aut quis dixerit, restitutionem in integrum cohærere, inesse, servire jurisdictioni, ejusque explicandæ causa comparatam esse? Ejusdem generis est & cognitio de suspectis tutoribus. *l. 1. §. suspecti. 11. ad senat. Turpil.* ubi jurisconsultus ait suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, nullumque alium quam præsidem, de hujusmodi quæstione posse pronunciare. An quia hoc mixti est imperii? minime: nam & magistratus municipales mixtum imperium habent, ut Paulo ante ostensum: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis, quam soli habent magistratus majores, & quam imperii nomine passim veteres designant. *l. 8. & l. ult. ff. de offic. procons. l. 3. ff. de offic. ejus. & l. 2. ff. de adopt. l. 12. §. 1. ff. de judic. l. juris gentium. 7. §. si paciscar. 14. ff. de pact. l. quod jussit. 14. ff. de re jud.* quibus omnibus locis nomen imperii eminenti huic jurisdictioni tribuitur, eoque nomine significatur excellens quædam potestas majorum magistratuum, sed talis tamen, quæ posita sit in jure dicundo, & intra terminos jurisdictionis consistat.

Quidam cum hinc se expedire alia ratione non possent, duo genera mixti imperii commenti sunt: unum, quod subserviat & cohæreat jurisdictioni, comparatum jurisdictionis contentiosæ defendendæ & exequendæ gratia: alterum, cui insit, & tanquam principali accedat atque ancilletur jurisdictio: cujus generis esse putant ea, quæ magis imperii, quam jurisdictionis esse dicuntur: ideo nempe, quia ut ajunt, sicut in priore specie jurisdictio, ita in posteriore magis eminet imperium. ita *Baro in l. ult. ff. de offic. ejus. Muscorn. de jurisd. n. 143. Bocer. c. 4. n. 18. Obrecht. c. 12. n. 25. Osvv. Hillig. ad Don. lib. 17. comm. 8.* Sed toto eos errare judicio ea, quæ supra diximus, manifeste ostendunt. Nullum enim est imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat, cui accedat & famuletur jurisdictio: sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in aliqua coercitione, comparata ad jurisdictionem tuendam atque expediendam. Ita post Longovallium *Goveanus & Ant. Faber ubi sup. & ad d. l. 4. in rational. Bachov. ad tit. ff. de jurisdict. c. de mixt. imp.* atque hæc quoque sententia, ut est simplicissima, ita & verissima nobis videtur, & dudum visa est, *tract. de jurisd. c. 7.*

CAP. IV.

An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus, ex ratione juris nostri defendi queat?

CERTI atque explorati juris est, non solum eum, qui jurisdictionem habet, eam posse mandare alteri, dummodo eam habeat suo jure, non alieno beneficio. *l. 5. ff. de jurisd.* id est, modo propriam habeat, non mandatam ab alio: verum etiam jurisdictionem, quam quis vel proprio jure, vel mandatam habet, consensu partium posse ei ipsi prorogari: ut jam vi hujus prorogationis jus dicere possit inter eos, qui jure publico jurisdictioni ejus non sunt subjecti, aut de summa ordinaria ejus cognitione

majore. Et hoc est, quod Ulpianus ait *l. 1. ff. de judic. Si se subjiciant aliqui jurisdictioni & consentiant, in consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.* & huc fac. *l. est receptum.* 14. *l. si convenerit.* 18. *ff. de jurisd. l. 2. pr. & §. 1. l. de qua re.* 74. *§. 1. ff. de judic.* Doctores nostri fere quadruplicem faciunt jurisdictionis prorogandæ modum; de persona ad personam; de re ad rem, seu quantitate ad quantitatem; de loco ad locum; de tempore ad tempus. Ex quibus modi duo priores certo jure nituntur. *l. est receptum.* 14. *& l. seq. l. si convenerit.* 18. *ff. de jurisd. l. 1. l. 2. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. de jurisd. l. de. qua re* 74. *§. 1. ff. de judic. l. inter convenientes.* 28. *ff. ad municipal.* sed de tertio & quarto prorogandi jurisdictionem modo, scilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus, non sine causa quidam dubitant, an jure nostro recepti sint. Quod attinet ad illum de loco ad locum, quæstio in eo posita, an ita de loco ad locum jurisdictio prorogari possit, ut virtute hujus prorogationis etiam extra territorium juris dicundi potestas acquiratur ei, cujus jurisdictio sic prorogata est? verbi causa, an judex Mutinensis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatæ sibi jurisdictionis eam Bononiæ exercere, queat? Affirmat quidem id *Zal. in l. pen. ff. de just. & jur. n.* 25. *& DD. comm. in l. ult. ff. de jurisd.* qui & porro quærunt, an hic præcise requiratur expressus consensus partium, & an etiam necessarius sit consensus judicis illius loci, seu expressus seu saltem tacitus? Sed si evincimus talem de loco ad locum jurisdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi juris nostri minime consentaneam esse, omnis de ea re disputatio supervacua futura est. Alienam esse a ratione juris Romani primus ostendere tentavit Bartolus in *l. 2. ff. de judic. in pr. n.* 7. Idem post eum fecit & Baldus in *d. l. 2. n.* 7. & post *Salic. in l. 1. C. de jurisd. n.* 5. Nos etiam invictis argumentis id verum esse luculenter demonstrabimus.

Primum illud extra omnem controversiam positum est, magistratus omnes in suo duntaxat territorio juris dicundi potestatem habere, extra locum territorii sui privatos esse, eorumque jure censeri. *l. 3. ff. de off. præsid. l. ult. ff. de jurisd.* At privato seu ei, qui nulli judicio præest, tribui jurisdictio consensu litigantium non potest. *l. 1. ff. de judic. l. 3. C. de jurisdict.* Alexander in *d. l. ult.* subtilem agit, dum ait judicem habere jurisdictionem in habitu, eamque circumferre, ubicunque locorum sit. Mihi vero valde insubtilis & inepta videtur illa Alexandri jurisdictionis cum habitu comparatio: cum habitus sit qualitas & vis animi longo usu & crebris actionibus parta è subjecto ægre mobilis: jurisdictio autem jus quoddam & potestas in subjectos cives publice tributa certos terminos ac limites suos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque jurisdictio est objectum seu materia, circa quam magistratus versatur & occupatur, sed in suo duntaxat territorio: magistratus adjunctum occupatum jurisdictionis, sed ita limitatæ: sic ut Imperator est adjunctum occupatum totius imperii, quatenus scilicet circa imperii administrationem versatur. Atqui, inquies, certum est posse magistratum etiam extra territorium suum exercere actus jurisdictionis voluntariæ; possunt enim & manumissiones & adoptiones & emancipationes fieri apud procunsulem & præsidem statim atque urbem egressi sunt, antequam ingressi sint provinciam suam. *l. 2. ff. de off. proconf. l. apud.* 17. *ff. de manum. vind.* Respondemus ex eo, quod actus voluntariæ jurisdictionis etiam extra territorium jus dicentis expediri possunt, male inferri, posse in volentes & consentientes quoque extra fines suos extendi jurisdictionem

ctionem contentiosam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum est, quod jurisdictio voluntaria ubique exerceri potest, sed ex natura ipsius jurisdictionis: quippe quæ exercetur in volentes & consentientes, nec aliter exerceri potest; quod si extra provinciam jus dicentis id fiat, τυχηρὸν τι & fortuitum est. Ut ecce, si quis forte, filium adoptaverit apud proconsulem nondum ingressum provinciam suam, is non potest dici prorogasse jurisdictionem proconsulis, non magis quam si apud provinciam jam ingressum adoptasset. Contentiosæ autem jurisdictionis eadem manet natura, nec ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam jurisdictionem pertinent, extra territorium explicari possunt, imo nulla ex iis, quæ causæ cognitionem & decretum magistratus desiderant, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis, prædiorum minoris alienatio, adrogatio impuberis, &c. *l. 8. §. vult igitur. 8. ff. de transact. l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. §. 3. Inst. de adopt. cum simil.* His accedit & illud, quod ubi semel ex consensu partium jurisdictio prorogata est, ea etiam in invitos exerceatur: quod tamen in alieno territorio fieri non posse apud omnes in confesso est. Quod si ea vis esset jurisdictionis prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus esset consensu judicis territorii; utpote qui nec alteri jurisdictionem tribuere, nec eam sibi adimere potest. Non obstat *c. statutum. §. in nullo. de rescript. in 6.* nam illic sermo est de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, constat ubique jus dicere posse, etiam extra civitatem seu diœcesin, in quibus deputatus est, modo expressus partium ad id accedat consensus, quod etiam eodem loco a Bonifacio Octavo diserte requiritur.

Quinimo nec illud absolute admittendum videtur, posse jurisdictionem judicis ita prorogari; ut is quolibet in loco sui ipsius territorii jus dicat. Etenim quæ causæ cognitionem desiderant & decretum magistratus ea pro tribunali tractanda sunt, atque eo in loco, ubi salva publica majestate servatoque more majorum jus reddi potest & solet *l. pen. ff. de just. & jur. l. 4. C. de dilat.* quæ res cum ad publicum decus spectet, pactis privatorum mutari non potest. *l. neque ex prætorio. 27. ff. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum aut decretum est, auctoritatem judicati habeat. *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* quo etiam pertinet, quod apud Ulpianum legimus, quæcunque causæ cognitionem desiderant, ea per libellum sive de plano expediri non posse. *l. nec quicquam. 9. §. 1. ff. de off. proconf.* Atque hoc ipsum etiam a Mario Salomonio contra Guliel. Cuman. Bart. & Baldum pridem observatum est in *l. pen. ff. de just. & jure.* Arresto quoque Curiæ Parisiensis *anni 1539. 2. Septemb.* continetur ut & expensarum taxationes in auditorio & loco, ubi more majorum jus reddi solet, fiat, teste Costal. *ad d. l. pen.* Quod autem prætor non constringitur uno in loco jus reddere, sed ipsi permittitur pro arbitrio suo locum constituere, ubi jus dicat, *d. l. pen.* id non habet hanc sententiam, posse prætorem ubivis etiam domi suæ aut in itinere quacunque de causa jus dicere, sed posse prætorem unum ex pluribus tribunalibus (nam in basilicis, ubi jus reddebatur, multa erant tribunalia) unum juris dicundi gratia eligere, id quod his verbis, ubicunque prætor salva majestate imperii sui, salvoque more majorum jus dicere constituit, jurisconsultum significare omnino credibile est. Plane quæ citra causæ cognitionem expediuntur, item præparatoria judicii, interrogationes, &c. possunt quidem illa alio quoque loco a magistratu aut judice tractari, &

vel domi sella posita vel in itinere. *l.* 4. §. 1. *ff. de interrog. in jur. fact.* sed possunt etiam citra partium consensum, nimirum ubi prætori visum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum est, nullam ex ratione juris nostri esse de loco ad locum jurisdictionis prorogationem.

Videamus nunc, an illa de tempore ad tempus prorogandæ jurisdictionis species, quæ ex quatuor illis, quas vulgo Doctores ponunt, postrema est, juris nostri conditoribus cognita sit. Et quidem, qui jurisdictionem de loco ad locum recte prorogari statuunt, argumentum sumunt ab hoc de tempore ad tempus prorogandi modo, quasi extra omnem controversiam positum sit, posse jurisdictionem de tempore ad tempus prorogari. *per l.* 2. §. 2. *ff. de judic.* Ego vero nec hanc speciem veteribus cognitam aut usurpatum intrepide assero, eosque, qui contra sentiunt, frustra sententiæ suæ firmamentum quærere in *d. l.* 2. §. 2. *ff. de judic.* Nam textus ille ad nullam omnino jurisdictionis prorogandæ formam pertinet, sed tantum loquitur ibi Ulpianus de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui nudam duntaxat notionem, non jurisdictionem habet. *l.* 5. *ff. de re judic.* jussus est litem aliquam sibi commissam dirimere. Hoc tempus cum solo partium favore intelligatur adjectum, etiam earundem expresso consensu prorogari posse rationis est, utique si & ipse judex ad tempus a prætore datus consentiat: utrumque enim in hac prorogatione temporis exigitur. *d. l.* 2. §. 2. ne videlicet judex sine consensu suo a privatis gravetur onere judicandi. In prorogatione autem jurisdictionis non aliorum consensus, quam ipsorum litigatorum desideratur, ac ne ejus quidem, cujus prorogatur jurisdictio, nec denique judicis ordinarii & competentis, utpote cui nihil hic adimitur. *d. l.* 2. §. 1. *ff. de judic. Vult.* 17. *l.* 1. *c. de jurisd. n.* 66. Illud autem longe dissimile est, quod Julianus scribit *l. de qua re.* 74. §. 1. *ff. de judic.* judicem, qui usque ad certam summam judicare jussus est etiam de re majore judicare posse, si inter litigatores conveniat: hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ interpretum commenta sunt, pertinet, sed ad secundam prorogandæ jurisdictionis formam, de re scilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notissima, de persona ad personam, certo jure recepta est, ut supra demonstravimus. Neque Juliano illic sermo est de simplici aut pedaneo judice, ut in *d. l.* 2. §. 2. *& passim ff. de judic.* cui scilicet una aliqua causa committi solebat præscripta formula & reservata danti potestate exequendi. *l. a Divo.* 15. *ff. de re jud.* sed de judice publice constituto non ad unam aliquam litem, sed generaliter ad omnes causas, quæ quandoque incidere possunt, terminandas usque ad certam summam; ac proinde de eo, qui jurisdictionem habeat & magistratus sit. fac. *l. inter convenientes.* 28. *ff. ad municip.* Illud probandum erat, posse magistratus annui jurisdictionem consensu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magistratu & adhuc post annum inter consentientes jus dicere possit: quod nunquam ostendent. Imo vero etsi ostenderent, nondum tamen hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur. *l. vinum.* 22. *ff. de reb. cred. l. si soluturus.* 39. *ff. de solut.* neminem tamen credo tam esse infantem in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse, cum sint plane diversa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus

ullus apud veteres usus fuisse videtur extra speciem *d. l. 2. §. 2. ff. de jud.* ubi non jurisdictio annui magistratus, sed nuda notio judicis ad tempus dati consensu partium & ipsius quoque judicis prorogata proponitur. *add. Ant. Fabr. ad. d. l. 2. §. 2. in rational.* quo etiam loco non sine ratione clausulam illam *d. §. 2. nisi specialiter principali jussione prorogatio fuerit inhibita.* Triboniano adscribit. Quis enim alius ita loqueretur, *jussione prorogationem inhiberi*, aut *inhibitione juberi?* Adde, quod insolens est ad tempus a Principe judicem dari, aut ad tempus a magistratu dari notionis inhibere prorogationem. Sed hæc ἐν παρόδῳ.

CAP. V.

In jus vocatio an sit pars judicii proprie dicti?

PROCESSUS judicarii quatuor sunt partes, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta sententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, secerni potest; nec semper necessaria est, sed tunc solummodo, quando condemnatus sententiæ judicis ultro non paret. Prima igitur ordinis judicarii pars est in jus vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum instituendarum initium proficiscitur, *§. ult. Inst. de pœn. tem. litig.* hoc est, qui cum aliquo judicio contendere instituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, id est, ad eum vocare, qui jus dicturus sit, juris experiundi gratia, *d. §. ult. junct. l. 1. ff. de in jus voc.* eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere malit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus. *l. 1. ff. de edend. auth. offeratur. C. de lit. contest.* Unde intelligimus hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil cognosci, nihil statui posse; & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere. fac. *l. 4. C. de sent. & interloc.* & merito; quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. *Clem. pastoralis. de re jud. Gail. 1. obs. 48.* Nonnulli & partem judicii esse contendunt: sed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis est contestata. *l. amplius. 15. ff. rat. rem hab. l. un. C. de lit. contest. Gail. d. obs. 48. Wesenb. par. de jud. n. 6.* Dissidium haud difficile compositu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judicarii est pars ultima, aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii est, quam litis contestatio, causæ cognitio, &c. unde ea quoque, quæ apud magistratum in jure fiunt, dicuntur in judicio fieri, passim *tit. ff. de interrog. in jur. fac. l. 2. §. 2. ff. qui satisd. cog. l. 1. § pen. & ult. ff. de admin. tut. l. ult. ff. si quis in jus voc.* posteriore proprie judicii pars non est, sed tantum principium & præparatio judicii instituendi, neque enim proprie aut judex aut judicium nullum esse intelligitur, antequam lis sit contestata. *d. l. un. C. de lit. contest.*

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in jus vocatio operetur præventionem,

nem, id est, si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus. *l. 7. ff. de judic. c. proposuisti ext. de for. compet.* Unde dicendum videtur in jus vocationem etiam judicii proprie dicti partem esse, & judicium cœptum intelligi, simulatque reus in jus vocatus est. *per l. ubi acceptum. ff. de judic.* Respondeo etiam si hic effectus est in jus vocationis, ut reus, licet postea alterius fori esse cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus est, porro contestari & causam in judicium deducere debeat, ex eo tamen non sequitur in jus vocationem partem esse judicii, aut judicium jam esse cœptum, voce judicii stricte sumta. Nam judicio cœpto, ne actor quidem consilium mutare, & ad novum judicem reum vocare potest. ita cape *d. l. ubi acceptum. 30. l. si is. 34. ff. de judic.* At in specie proposita, quidni liceat actori ante litem contestatam consilium mutare, reumque convenire in foro recens quæsito. *arg. l. si quis. 112. ff. de verb. oblig.* Nam utique reo competere non potest exceptio præventionis, qui non prævenit, sed præventus est. Litis autem pendentiæ exceptio competit demum post litem contestatam: & tunc actor etiam invitus in judicio retineri potest, poteritque reus ipsi actori volenti causam ad forum recenter quæsitum trahere exceptionemque opponere litis pendentiæ. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis est, ut actorem mutuæ petitioni rei obnoxium reddat, quam mutuam petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant. *l. qui non. 22. ff. de judic. l. cum Papinianus. 14. cum auth. & consequenter. C. de sent. & interloc.*

Secundo objicitur, quod jure novissimo in actionibus realibus per solam citationem vel libelli oblationem principi factam & judici insinuatam, & per eum futuro reo cognitam res fit litigiosa. *auth. litigiosa. & ibi D D. C. de litigios.* Ex quo non male inferri videtur juri Novellarum judicium cœptum intelligi, saltem in actionibus in rem, statim atque reus in jus vocatus est. Et porro cum jure Canonico hoc generale censeatur, ut scilicet tam in actionibus personalibus, quam realibus per insinuationem citationis res vitio litigiosi afficiatur. *Clem. 2. ut lit. pend. nihil innov.* ex eo utique hujus juris intuitu judicium a citatione inchoari recte colligi putatur per *c. gratum. de offic. deleg.* Respondeo ne hæc quidem collectio firma est: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigiosam, ut ea postea alienata vel pignerata emptori vel creditori obstet exceptio litigiosi, sequitur protinus judicium esse cœptum: non magis quam ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat jurisdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum.* aut quod ex sola aditione prætoris effectus prorogationis inducitur. *l. si convenerit. 18. ff. de jurisd.* Nam illa effecta judicii cœpti actionum, quæ alias tempore aut morte perituræ erant, judicio semel inclusarum perpetuatio, fructuum in strictis judiciis post acceptum judicium præstatio, exceptionum dilatoriarum exclusio, &c. Non sunt effecta in jus vocationis, seu citationis, ut nunc passim loquuntur, sed manent adhuc propria litis contestationis, utpote per quam demum res in judicium deducitur & cognitioni judicis subjicitur. *l. un. C. de lit. contest.*

CAP.

CAP. VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri prosit, aut noceat.

EXPLORATI juris est, neminem sua pactione alteri nocere posse; ac ne ei quidem, cujus est in potestate. *l. si tibi. 17. §. pen. l. si unus. 27. §. 4. vers. ante omnia. l. contra juris. 28. §. 2. l. ult. ff. de pact.* in tantum, ut ne quidem procurator omnium bonorum possit actionem domini gratis remittere. *d. l. 28. §. 2.* ex quo loco temperandi textus in *l. 12. & l. 14. ff. eod. per l. 12. C. de transact. l. pactum curatoris. 22. C. de pact.* Sed nec pactione nostra alteri, cujus juri subjecti non sumus, aut cujus rebus administrandis non sumus præpositi, possumus prodesse, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur. *l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig. l. 11. ff. de oblig. & act. l. quo tutela. 73. §. ult. de reg. jur.* Hinc est, quod nec pactum fidejussoris prosit reo principali. *l. fidejussoris. 23. ff. de pact.* quanquam si expresse convenit, ne a reo quoque petatur, hoc casu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, sed subsidariam doli. *l. idem in duobus. 25. §. ult. & l. seq. d. tit.* Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, sive in rem factum, fidejussori quoque prodesse, mirum videri non debet: quippe cum ut fidejussori prosit, ipsius quoque debitoris intersit, propter mandati judicium. Nam si nulla sit fidejussori mandati actio, verbi gratia, si donandi animo fidejussor intervenerit, pactum rei fidejussori ad exceptionem minime proderit. *l. & heredi. 21. §. ult. junct. l. quod dictum. 32. eod. tit.*

De pacto unius e duobus reis promittendi aut stipulandi quæsitum, an non id saltem alteri prosit aut noceat? Et siquidem unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne a se petatur, quin id pactum cæteris quoque prosit, vix ambigitur, propter regulam *d. l. 21. §. ult. l. 23. in fin. & text. in l. 25. ff. d. t. l. 62. ff. ad leg. Falc.* Nam hic quoque paciscentis interest a socio promittendi reo non peti: quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitur. Obstat tamen *l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.* ubi Julianum respondisse Ulpianus refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur: quibus verbis non obscure significare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut in casu illi proposito liberatio non pacto, sed per acceptilationem fiat, quia pactum unius e reis promittendi sociis alteri non prodest, sed quia non prodest ipso jure. Atque ita adhuc fieri posset, ut dum actio, quæ ipso jure sublata non est, adversus alterum ab herede instituitur, is cui liberatio legata, oblique inquietetur. Hæc est ratio cur Jurisconsultus in dicta specie liberationem fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut scilicet in omnem eventum legatario prospectum sit. Quid ergo si rei debendi non sint socii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodesse: atque ut ita sentiam, multa me movent. Primum quia hic paciscentis nihil interest a correo suo pecuniam non peti: quippe qui, etsi postea conventus a communi creditore solvat, nullam adversus eum, qui pactus est, actionem habet, ut hic cesset regula *d. l. 21. §. ult. ff. de pact.* Secundo movet me locus Ulpiani

Ulpiani in *d. l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.* ubi jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata est, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur, sed non, ut per acceptilationem, ne etiam correo liberatio prosit. Qui locus apertissime sententiam nostram confirmat: quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri potest, quam quod ibi JCtus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius eum duntaxat, qui pactus est.

Duo tamen huic sententiæ objiciuntur. I. responsum Pauli in *l. 25. pr. ff. de pact.* II. rescriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de duob. reis.* In *d. l. 25. pr.* idem, ait Paulus, in duobus reis promittendi & duobus argentariis sociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventione fidejussoris, quam reo non prodesse, nisi fidejussor sit in rem suam, idem Paulus in *l. 23. pr. & l. 24. ff. eod.* respondit? Minime. Nam pactum unius e duobus sociis alteri quoque prodesse debet propter judicium societatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis ut quemadmodum illud fidejussori quoque prodest, *d. l. 23. in fin.* sic unius ex argentariis vel reis promittendi sociis pactum alteri quoque proficiat: utroque enim casu paciscentis pecuniariter interest, ne pecunia ab altero petatur; rei principalis ne a fidejussore propter mandati judicium: unius e duobus reis vel argentariis sociis, ne a socio, propter judicium societatis, quo alioqui id paciscenti reputaretur. Non enim tantum de argentariis sociis, sed etiam de reis promittendi sociis *d. l. 23.* loquitur. Et est verissimum quod Cujacius monet, cum fine *d. l. 23.* immediate conjungi debere *d. l. 25.* utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciscentis principaliter interest: quod & inscriptio & res ipsa indicat.

Alterum quod huic sententiæ obstare plerique putant, est *l. 2. C. de duob. reis.* ubi Impp. rescribunt, si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, quod ultra demidiam suam solvit, eum posse repetere: quod sic accipiunt, posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidaria actione negotiorum gestorum: & secundum id sæpe judicatum esse testantur *Ant. Fab. Cod. suo for. de duob. reis. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 114. & vol. 4. decis. 178.* Jam vero hoc posito, unum e duobus reis debendi solventem posse id quod partem suam excedit, repetere, ex eo recte colligitur etiam unius paciscentis, ne a se petatur, interesse ne petatur a correo suo, & consequenter id pactum etiam correo profuturum, ne si forte is solidum solvat, pro parte id ab eo, qui pactus est, repetat. Ego autem non video, quæ in proposita quæstione actio solventi citra cessionem competere possit. Illud utique certum est, solutione unius ipso jure totam perimi obligationem. *§. 1. Inst. de duob. reis. l. 2. l. 3. in fin. ff. eod.* ut nulla jam creditori supersit actio, quæ cedi possit. Nec ulla dari potest ratio, cur cum uno ex pluribus fidejussoribus solidum solvente sine pacto aut cessione nulla detur adversus confidejussores actio. *l. ut fidejussor. 39. ff. de fidejuss. l. Modestinus. 78. ff. de solut.* danda sit uno e reis principalibus solvente adversus correum. Sed nec suo nomine adversus correum actionem habere potest: non actionem mandati, quod nullum intercessit: non actionem negotiorum gestorum, quia non alienum, sed suum negotium solidum, quod debebat, solvendo gessit: non denique actionem communi dividundo aut pro socio, quarum neutra competit citra communionem. *l. 1. l. 2. ff. comm. divid.* accurate *Ant. Fab. lib. 11. conject. 6. & seq.* contra Car. *Moliæum ad. d. l. Modestinus. de solut.* Quid ergo respondebimus ad *d. l. 2. C. de duob. reis?* Putamus eam commode accipi posse de duobus reis, qui in rem

com-

communem pecuniam mutuo acceperunt; dicitur enim expreſſe in textu pecunia communiter mutuo accepta: ut hoc caſu uno ſolidum ſolvente, aut actio pro ſocio, ſi ſocii fuerint, aut communi dividundo adverſus alterum competat. *arg. l. 2. pr. ff. comm. div. junct. l. ut ſit. 31. ff. pro ſoc. add. Perez. ad tit. C. de duob. reis. n. 10. & ſeq. Gomez. 2. var. reſol. 12. in fin.* Plane ſi nominatim perſona correi quoque pacto comprehenſa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli, per *l. 25. §. ult. & l. ſeq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario, an pactum unius ex reis ſtipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta ſi pactus ſit ſe non petiturum? Et hic iterum diſtinguendum videtur inter ſocios credendi reos & ſimplices. Si ſint ſocii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque proſit. Nam pro ea ſaltem parte obſtabit correo petenti exceptio, quam ille toto ſoluto ſocio reſtituere teneretur judicio ſocietatis. Quam autem partem ipſe conſequitur, eam non tenetur communicare ſocio, quippe cujus pactione effectum, ne integrum conſequi potuerit. Utut autem ſummi juris ratio efficere videatur, ut nullo modo unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum ſingulorum perſona tota obligatio conſiſtit: æquitatis tamen ratio facit, ut in propoſito ſaltem pro parte agenti obſtet exceptio, pro ea, inquam, parte, quam alioqui acceptam teneretur reſtituere ſocio.

Cæterum *Ant. Fab. 11. conject. 18. & in rational. ad l. 27. ff. de pact.* rejecta hac diſtinctione, contendit pactum unius e reis credendi ſociis alteri nocere in totum; utitur argumento *l. ſi duo. 34. de rec. arbitr.* ex quo loco ſic ratiocinatur: Si compromiſſum unius ex correis ſociis nocet in totum alteri, ita ut ſi is, qui compromiſit, vetitus ſit petere, neque alter petere poſſit; ergo eodem modo & pactum unius nocebit alteri. At compromiſſum nocet, &c. per *d. l. ſi duo.* Reſpondeo, falſum eſt aſſumptum: idque vel ex eodem loco demonſtrari poteſt. Non enim quæritur illic, an ſocius petere, quod promiſſum eſt, poſſit; ſed an petente illo ſtipulatio pœnalis interpoſita a ſocio, qui compromiſit, committatur? quod non obſcure affirmat juriſconſultus. Unde contrarium potius colligitur, nempe compromiſſum ſocio, qui non compromiſit, non obeſſe; utut eo quoque petente ſtipulatio pœnalis committatur, adverſus eum ſcilicet qui compromiſit. Quod ſi correi credendi ſocii non ſint, conventio unius alteri non nocebit omnino, nunquam enim talia pacta vim ſuam exerunt extra perſonas paciſcentium. *l. ſi unus. 27. §. 4. verſ. ante omnia. ff. de pact.* & eo pertinet ejuſdem *l. 27. pr. verſ. ult.* Aliud eſt, ſi unus promiſſori acceptum tulerit. *l. 2. ff. de duob. reis.* aut novandi animo alium reum acceperit. *l. ſi rem. 31. §. 1. ff. de novat.* aut jusjurandum detulerit. *l. in duobus 28. ff. de jurejur.* quia hæc omnia vicem ſolutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque diſerte traditum in *l. jusjurandum. 27. ff. de eod. tit.*

CAP. VII.

Si unius debiti plura ſint apud creditorem chirographa, an unius redditione cenſeatur obligatio remiſſa?

SI creditor debitori ſuo chirographum reddiderit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & debitum remiſiſſe. *l. 2. §. 1. ff. d. pact. fac. l. 3. §. 1. ff. de lib. leg. l. qui chirogra-*

phum. 59. *ff. de legat.* 3. Quæ res dubitationem non habet, si creditori duntaxat una cautio exposita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejusdem debiti plures cautiones sive instrumenta creditori tradita, & unum ex his tantum debitori redditum, an hujus unius redditione similiter obligatio tacite remissa censeri debeat, quæsitum est. Affirmant *Bart. Bald. Castr. Jas. in d. l.* 2. *de pact.* quorum sententiam ex professo tuetur Bachovius *ad. tit. ff. de pact. c. de sec. div. pact. n.* 7. Negant *Duar. Fort. Gars. Paul. Bus. in d. l.* 2. excepto si id actum esse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint aut legatæ debitori. Movetur Bartolus, eumque secuti, hac ratione, quia unum tantum instrumentum est, quamvis pluribus tabulis conscriptum, per *l. unum.* 24. *ff. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur, *arg. d. l.* 2. §. 1. *de pact. l. qui chirographum.* 59. *de legat.* 3. *l.* 1. *C. de donat.* Bachovius autem pro defensione sententiæ Bartoli etiam quinque alia argumenta affert, quorum primum sumptum est ex *l. veteribus.* 39. *ff. de pact.* quo loco cum Papinianus dicat, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, ex eo infert Bachovius, creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, & contra eum esse juris præsumtionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum Bachovii argumentum est, quod præferenda sit sententia humanior: eam autem esse, quæ favet liberationi. *l. Arrianus.* 47. *ff. de oblig. & act.* Tertium, quia generalis est definitio tradita in *d. l.* 2. §. 1. *de pact.* nempe redditione chiographi hoc actum tacite intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari potest, quam debiti remissio. Postremum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur. Cæterum hæc sententia aliis, ut dixi, displicet, & merito meo quidem judicio; quippe qua admissa magna occasio præbetur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: Nam debitori in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradat creditori, alterum retineat, ut si quando ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse a creditore: atque ita fenestra aperietur fraudibus. Quapropter lubens subscribo sententiæ eorum, qui censent unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse a debitore probetur: quod si id docere non possit, non ipsi, sed creditori jusjurandum deferendum esse, nempe ut juret chirographum a se redditum non esse animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus textus in *l. ult. ff. de his, quæ in test. del.*

Superest, ut respondeamus argumentis contrariæ sententiæ auctorum. Et quidem illud Bartoli, unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum: verum igitur est instrumentum redditum esse, est ex eorum genere, quæ Aristoteli in poster. analyt. dicuntur ἀντιστρέφοντα, id est, tale, ut pro creditore retorqueri possit in debitorem. Nam ut Bartolus sic argumentatur pro debitore, unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum, ergo verum est redditum esse: ita pro creditore contra debitorem hoc telum retorqueri potest, unum est instrumentum: atqui hoc a creditore retentum, igitur non est redditum. Quanquam nec illud simpliciter verum est, quod ait Bartolus, unum tantum esse instrumentum. Unus quidem est contractus aut una obligatio; at plures tamen hic esse cautiones sive plura instrumenta

recte

recte dicitur. *l. unum. 24. ff. qui test. fac. l. ult. ff. quæ in test. del.* Ad *l. veteribus. 39. ff. de pact.* unde primum Bachovii argumentum petitum est, respondeo, non temere quod Papinianus eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obscuri tradit, trahendum esse ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur, præsertim ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur, & eo quidem etiam casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vulgo dici solet vel frivolam causam excludere donationis præsumptionem, eo quod nemo facile suum jactare velle aut effundere præsumatur. *l. cum de indebito. 25. pr. ff. de prob. & ibi D D. Cyn. Bald. & D D. in l. 3. C. de non num. pecun.* Ad secundum Bachovii argumentum eadem dari responsio potest, nempe non usque adeo indulgendum esse liberationi, maxime ubi de præcedente obligatione constat, ut quis sine causa suum perdere voluisse existimandus sit. Donare enim, perdere est. *d. l. 25. de prob. l. 7. pr. ff. de donat.* Ad tertium, definitionem *l. 2. §. 1. ff. de pact.* restringendam esse ad casum, quo una duntaxat cautio, ut plerumque fieri solet, exposita & eadem reddita est. Illud enim perraro evenit, ut debitor duo ejusdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali casu cogitasse jurisconsultum credibile est. *arg. l. 3. & ll. seqq. ff. de legib.* Ad quartum quoque non difficilis responsio est, nempe cum creditor unum tantum e duobus ejusdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuo credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alium hujus redditionis finem sibi propositum habere potuerit, qui potius præsumendus sit: nimirum ideo id creditorem fecisse, quia ex altero, quod retinuit, debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Quod si animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæso, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium ajunt nostri, non operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. cred.* Potest & hic finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitiose, adversus debitorem velle machinari. Postremum Bachovii argumentum petitum ex *l. 59. de legat. 3.* responsionem non meretur. Nos enim de eo casu disputamus, ubi e duobus chirographis unum redditur simpliciter, nec creditor id se donare profitetur. Legare autem donare est. *§. 1. Inst. de legat. l. legatum. 36. ff. eod. 2.* Nullum vero dubium est, quin sicut donata, ita & legata cautione seu chirographo, & vel una, licet plures creditori expositæ, nomen ipsum sive debitum donatum legatumque intelligatur. *d. l. 59. de legat. 3. l. servum. 44. §. eum qui. 5. eod. 1. l. 3. §. 1. ff. de lib. legat. cum. similib.*

CAP. VIII.

An de controversiis ex testamento ortis recte transigatur non inspectis testamenti verbis? & quid hic statuendum de pactione gratuita?

IN *l. sub prætextu. 19. C. de transact.* traditur hæc regula, Sub prætextu instrumenti postea reperti transactio bona fide facta non rescinditur. Quæ regula officium suum perdit ex communi Interpretum nostrorum sententia, & meo judicio vera, si transactio facta sit super controversia ex testamento profecta, non inspectis cognitisque testamenti verbis, atque ex testamento postea prolato appareat læsum esse transigentem; & habemus in hanc sententiam textum expressum in *l. 6. ff. de transact.* ubi hæc verba Gaji leguntur; *De his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi,*

ſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti. cui geminus alter locus ejuſdem Gaji in *l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* Cujacius tamen ad *l. 1. ff. de tranſact.* & Æmilius Ferretus putant hanc ſententiam falſam eſſe, & natam ex communi errore. Moventur hiſce fere rationibus: Primum, quia nulla ſufficiens ratio dari poteſt, cur tranſactio, quæ inter tranſigentes non minorem vim habet, quam res judicata. *l. non minorem.* 20. C. *de tranſact.* facta ſuper controverſiis ex teſtamento ortis ſub prætextu teſtamenti poſtea reperti reſcindi debeat contra definitionem generalem *l. ſub prætextu.* 19. *C. d. tit.* & ſimiles textus *l. 10. l. 16. l. nec intentio. 23. C. eod. l. in ſumma.* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* Sed hoc Cujacio & Æmilio viſum, dum ſuo indulgent ingenio: nam ſatis ſufficiens vulgo redditur, eoque duplex hujus juris ſingularis ratio; una, ne qui teſtamenta ſupprimunt aut conſulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommiſſarii ad tranſigendum, & modicum forte præſens, pro relicto alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum. per *l. 8. pr. ff. de tranſact.* Altera, quod alias per hujuſmodi tranſactiones facile circumveniri poſſent ſupremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publice expedire creditur. *l. 5. ff. teſt. quemad. aper. Bart. & DD. in d. l. 6. Sande lib. 4. tit. 5. defin. 15.* Quæ profecto ratio minime inepta eſt, quamvis id Cujacio videatur: nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in ſenatu recitata effecit, ut ne ſuper alimentis teſtamento relictis tranſigi poſſit ſine prætore. *d. l. 8. pr. ff. de tranſact.*

Deinde putat Cujacius *d. l. 6. ff. de tranſact.* aut peregrinam eſſe, aut a propoſito alienam. Quippe apud Gajum in *d. l. 1. §. 1. teſt. quemad. aper.* tranſigendi verbum non ad conventa, ſed per tranſlationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem illius reſponſi in titulum de tranſactionibus conjecit, nempe illam ipſam *l. 6.* cujus tamen ſententia falſa ſit, ſi verbum iſtud referas ad conventa ſeu compoſita. Ego vero hic deſidero judicium Cujacii, & verba hæc, *neque ſine judice tranſigi.* quæ ſunt Gaji in *d. l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* non ad judicata aut ſententias judicum, ſed ad conventiones referenda eſſe contendo: idque vel ex eo ſolo evincitur, quod alioqui verba illa in abſurdam & ſtultam abeunt ſententiam. Quis enim ita loqueretur, *ſine judice judicari non poteſt?* aut quis unquam de eo dubitavit? Gaji ſententia minime obſcura eſt, neque partes tranſigere poſſe de iis, quæ teſtamento relicta ſunt, ſine judice, apud quem ſcilicet tabulæ aperiri ſolent, neque aliter judicem judicare, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti: non quod ipſa tranſactio auctoritatem deſideret judicis, ſed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, ſi quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter tranſigere poſſit. *d. l. 1. pr. l. 4. l. 5. quemad. teſt. aper. l. teſtamenta. 18. C. de teſtam. Weſemb. parat. d. tit. Coſtal. in l. 6. ff. de tranſact. Borcholt. c. 3. de tranſact. n.* 14. qui & merito notant Accurſium, Bart. Bald. quod plus hic tribuant ſententiæ judicis, quam privatorum tranſactioni, quaſi judici liceret etiam ſine inſpectione tabularum ſententiam ferre, privatis non liceret tranſigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius ſolet, verba Gaji ſic reddiderunt, περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλύεσθαι δυνατὸν, οὔτε τὸ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων. Porro tria adhuc communi ſententiæ objiciuntur. Primum reſponſum Scævolæ in *l. Lu-*

cius. 78. §. ult. ff. ad SC. Trebell. ubi casus proponitur, quo post transactionem interpositam reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam heres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat Scævola, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Respondeo in casu, quem illic proponit & decidit Scævola, credendum omnino esse & præsupponendum, omnia legitime fuisse acta, testamentum inspectum fuisse atque ex verbis testamenti satis constitisse de fideicommisso: neque postea aliud voluntatis ultimæ instrumentum, puta codicillos, quibus fideicommissario plus quam testamento relictum erat; sed alia, quæ plus in bonis defuncti fuisse ostenderent, reperta. Nam codicillis postea repertis & prolatis non obstante transactione integra maneret fideicommissi petitio. *l. 3. §. 1. ff. de transact.* cum iniquum sit pactione perimi id, de quo cogitatum non est. *l. qui cum. 9. in fin. ff. eod. tit.*

Objicitur secundo *l. non est ferendus. 12. ff. eod.* Respondeo, satis apparet ex verbis hujus loci, factam fuisse transigenti in specie illic proposita testamenti inspiciendi copiam atque ab eo inspectum lectumque, quamvis forte oscitanter, quod suæ negligentiæ imputare debet. Plane est Jurisconsulti sententia, nempe non esse audiendiendum eum, qui facta inspiciendi copia, postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore relictum sit.

Postremo ex Joanne objicit Accursius, quod transactio sit rei dubiæ & incertæ, at post inspecta testamenti verba rem non amplius esse dubiam, sed certam. At quam jejuna hæc objectio! quasi vero adhuc quæri non possit de mente & sententia testatoris de viribus testamenti, utrum Falcidiæ locus, &c. Illud obiter moneo, non eo minus ratam esse debere transactionem, quod adjecta non sit clausula, *visis cognitisque verbis testamenti*, dummodo doceatur transigentes gnaros fuisse eorum, quæ testamento cauta, licet tunc cum interponebatur transactio, forte lectum non sit. *Bart. in d. l. 6. Ant. Fab. Cod. suo for. h. tit. defin. 1. Sande lib. 4. tit. 5. defin. 15.*

Reliquum est, ut jam examinemus quæstionis propositæ partem alteram, nempe quid hic statuendum de pactione gratuita. Nam cum Gajus citatis locis *l. 6. ff. de transact. & l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de transactione, quæsitum est, an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus non inspectis tabulis pacisci, litemque gratis remittere? Accursius, cujus sententiam secuti sunt Bartolus, Bald. & Angel. in *d. l. 6.* putat non magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo transigere. Contra vero Albericus de Rosate, Guilielmus de Cumo, Castr. & Jas. pacisci de his gratis licere, quamvis transigere non liceat: quorum sententiæ & nos ultro subscribimus. Accursius, eumque secuti argumentum ducunt a paritate rationis, & pro vero falsum supponunt, eandem sc. hic esse transactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & transactionem differentia est: quippe qui transigit, decipi potest, accepto forte minimo pro bona summa, cum utique habere velit, quod sibi testamento relictum est: at is qui ultro totum remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat: & potest unusquisque jus sibi delatum repudiare.

Pro contrariæ sententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. l. 9. §. ult. ff. de transact. l. tres fratres. 35. ff. de pact.* quibus locis pactum & transactio æquiparantur & pari passu ambulant. Sed quæ hæc argumentatio est? In casibus dd. locis propositis eadem pacti & transactionis est ratio, ergo & in casu proposito. Docent nos Logici non conti-

nuo quæ in uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo, ubi dispar ratio. Neque nos dicimus pactionem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse in quæstione proposita, licet transactio sit inutilis. Quid quod omnibus istis locis aperte agitur de pacto decidendi causa interposito, quod nihil aliud est, quam transactio.

Affertur postremo pro eadem sententia, quod apud Paulum *lib.* 1. *sent. tit.* 1. legitur, *de his rebus pacisci nos posse, de quibus transigere licet.* Respondeo, ex eo nequaquam sequitur, de quibus rebus transigere non licet, nec licere pacisci: pactio enim aliquando valida, ubi transactio non tenet: verbi gratia, de re judicata, aut jurejurando decisa, aliave certa & liquida transactio interposita inutilis est; pactio donationis causa non item. Quamobrem cum textus illi supra sæpe citati *l.* 6. *ff. de transact. l.* 1. §. 1. *ff. test. quemad. aper.* transactionem duntaxat in proposito prohibeant, eaque prohibitio aliquid singulare & transactionis proprium contineat, nolim eos ad pacta gratuita temere extendere.

CAP. IX.

An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera ex ratione juris nostri defendi possit?

QUÆRI solet an mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum bonorum administratio permissa est, possit rem quamcunque ad administrationem suam pertinentem pro arbitrio suo alienare, in aliumve transferre? Doctores nostri duo genera hujusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio a domino commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto: & contendunt procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio, quamvis omnium bonorum, mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxiæ. Verum mihi hæc distinctio suspecta semper visa est. Etenim cum ex mandato æstimandum sit, quid cuique in re aliena liceat, parem esse debere utriusque procuratoris potestatem omnino dicendum videtur, & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo *libera?* Non magis hæc differunt, quam heres simpliciter institutus, & institutus adjecto *ex asse.* Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicunque mandato non continetur: qualia sunt, donatio. *l.* 7. *ff. de donat.* manumissio. *l.* 13. *ff. de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio. *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign. obl. non poss.* liberatio pignoris aut hypothecæ. *l.* 7. §. 1. *ff. quib. mod. ping. solv.* item, quævis alia juris dominici remissio. *l. mandato.* 60. *ff. de procur. l. præses.* 12. *C. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis. *l. procurator totorum.* 63. *ff. de procur. junct. l.* 12. & *l. ult. ff. de cur. furios. l. procuratorem.* 16. *C. de procur. l.* 1. §. 1. *ff. de off. proc. Cæs.* Hinc est, quod ei, cui, licet simpliciter, rerum omnium gerendarum provincia man-

mandata est, rem domini in judicium deducit. *l. 12. ff. de pact.* quod iis tantum licet, qui domini loco habentur. *l. tutor. 22. & 27. ff. de administr. tut.* potest exigere & accipere. *l. 11. ff. de pact. l. qui hominem. 34. §. 3. ff. de solut.* creditoribus solvere. *l. quodlibet. 87. ff. de solut. l. 59. ff. de procur.* novare. *d. l. 22. ff. de adm. tut. l. novare. 20. §. 1. ff. de novat.* transigere, jusjurandum deferre. *d. l. præses. C. de transact. d. l. 12. ff. de pact. l. jusjurandum. 17. §. ult. ff. de jurejur.* modo id faciat in causa domini, plane dubia atque incerta & defectu probationum. *arg. l. tutor. 35. pr. ff. de jurejur.* neque enim hoc sic accipi debet, ut transigere aut jusjurandum deferre possit, etiamsi paratas habeat probationes, quibus id quod intendit, haud difficulter queat ostendere. *l. mandato. 60. ff. de proc. d. l. præses. C. de transact.* Potest & rem domini pignori dare, utique si mandatum accepit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuam pecuniam accipere. *l. 12. ff. de pign. act.* Potest denique & vendere, quæ servando servari non possunt. *l. procurator. 63. ff. de procur.* & quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare. *arg. d. l. 12. & l. ult. ff. de cur. fur.* Jam ego quæro, an plus in re domini licere debeat ei, cui libera administratio permissa est? Non puto, utut enim liberrima, administratio tamen est, nihil amplius.

At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest aliud pro alio permutare. *l. procurator. 58. ff. de procur.* Fateor inquam: sed hoc verum est & in eo, cui simpliciter bonorum omnium administratio commissa: in utroque autem hoc sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id flagitet. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Gajum *l. 9. §. 4. ff. de acq. rer. dom.* & apud Justinianum *§. nihil autem. 42. Inst. de rer. divis.* relatum est, eum, cui libera universorum negotiorum administratio permissa est, rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur, quæ alioqui aut non concessa, aut non tam plene concessa intelliguntur. Cujusmodi mandati exemplum & formulam habemus apud Scævolam in *l. creditor. 60. §. Lucius. 4 ff. mand.* Instant porro hoc modo, si filiusfam. & servus, liberam peculii administrationem habentes, res peculiares distrahere & alienare possunt, sine speciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini administratio concessa est, poterit eas res sine speciali domini mandato similiter alienare. At verum est antecedens. *l. si convenerit. 18. §. ult. & l. seq. ff. de pign. act. l. si quis. 41. §. 1. ff. de rei vind. l. contra. 28. §. ult. ff. de pact. l. 8. §. 5. ff. quib. mod. pign. solv. l. 10. C. quod cum eo, qui in al. pot.* ratio autem connexi per se satis videtur manifesta. De connexione mox videbimus. Concedimus interim antecedens: sed hoc dicimus, nihil interesse utrum servo aut filio peculii administratio permissa sit, adjecto, an omisso verbo *libera:* nam & liberam permissam intelligi cum simpliciter permissa est: nec uno casu plus juris contineri servove aut filiofam. tribui, quam altero; Hujus rei certissimum argumentum est, quod eadem omnia, quæ superioribus locis conceduntur, liberam peculii administrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis, quibus simpliciter peculii administratio commissa. *l. 13. in fin. pr. ff. de cond. ind. l. pen. §. 3. ff. de divers. & temp. præscr. l. 48. §. 1. ff. de pecul. l. ult. ff. de novat.* Alterutrum igitur dicendum est, aut procuratores omnium bonorum, sive simpliciter sive cum libera constitutos, similiter posse res domini quaslibet alienare & distrahere, ut servi aut filii, qui

ex

ex permissu domini aut patris peculii administrationem habent, distrahere & alienare possunt res peculiares: aut falsam esse propositionis in superiore syllogismo connexionem: eo quod plus in hoc casu liceat servis & filiisfam. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipsi quidem interpretes admittunt, nisi in procuratore constituto cum libera: alterum ergo dicamus necesse est, argumentationem a servis & filiis peculii administrationem habentibus non procedere ad bonorum nostrorum procuratores. Nec ratio diversi juris adeo obscura est: idcirco enim servis & filiisfam. peculii libera administratione concessa, rerum quoque peculiarium distrahendarum facultas concessa intelligitur, quia peculium est quasi proprium quoddam patrimonium ipsius servi filiive familias a substantia & rationibus domini patrisve separatum atque abstractum: *l.* 5. §. 3. *&* §. 4. *l. peculium.* 39. *ff. de pecul.* quod in procuratore diversum esse manifestum est. Adde quod una eademque servi & domini, una patris & filii persona esse videtur. §. 4. *in fin. Inst. de inut. stipul. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* Plane non magis servi aut filiifam. quantumvis liberam peculii administrationem habentes, injussu patris aut domini donare possunt, quam rerum nostrarum liberi administratores. *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign. oblig. l.* 7. *pr. ff. de donat.* cum similib. Hæc eadem & Duareni ad *l.* 1. §. *per procuratorem.* 20. *ff. de acq. poss.* Donelli *lib.* 4. *comm. c.* 15. Vaudi *lib.* 1. *var. quæst.* 47. sententia est.

CAP. X.

An recte Interpretes statuant, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, rescindens & rescissorium?

RESTITUTIO in integrum est causæ jure amissæ redintegratio. Ita definitur ab Impp. in *l.* 2. *C. in quib. caus. in integ. nec. non est.* ajunt, *causæ amissæ*, nam ubi causa amissa non est, restitutione non est opus. *l. in causæ.* 16. *pr. ff. de minor. l.* 3. *C. de in int. rest. min.*

Ajunt, *redintegratio*: quoniam impetrata restitutione in integrum, omnia in pristinum statum reducuntur tam ex parte adversarii, quam ex parte restituti. Omnis enim restitutio est reciproca. *l. quod si minor.* 24. §. 4. *ff. de minor. l.* 1. *& l.* 2. *C. si adv. transact.* Paulus *lib.* 1. *sent. tit.* 7. definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipsa restitutio in integrum proprie actio non est, sed res, quæ petitur & postulatur a magistratu.

Dicitur tamen actio figurate, ut ex contentento continens intelligamus, ex restitutione postulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam stipulationes prætoriæ actionis verbo contineri dicuntur. *l. actionis.* 37. *ff. de oblig. & act.* Hæc habeto ὡς ἐν προθεωρίᾳ. Occurrit autem in hoc argumento geminus interpretum error, tum quod restitutionem in integrum pro judicio & auxilio habent extraordinario, tum quod duplex hic intercessisse judicium, rescindens & rescissorium, imaginantur. Uterque error natus ex veteris juris ignorantia. Prior statim apparebit, atque cognoverimus quid sit judicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus sive judicium est, quod per actiones & interdicta, per judices datos, sine prætoria cognitione civiliter exercetur, ut discere possumus ex *l.* 1. §. 2. *ff. si ventr. nom. mul. in poss. l. ult. ff. de privat. del. l.* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui poss. l.* 178. §. 2. *ff. de verb. sign.* &c. Suetonius in *Claud. c.* 15. *Alium*, inquit, *interpellatum ab adversariis de propria*

pria lite, negantemque cognitionis rem, sed juris ordinarii esse, agere causam confestim apud se coegit. Extraordinarium est, quod præter consuetum judiciorum morem & ordinem exercetur prætore ipso ex officio cognoscente, non judicem dante. Cujus generis sunt, cognitio de honorariis professorum liberalium artium, medicorum, advocatorum; &c. *tit. de extraord. cogn. l. 7. ff. l. 1. C. mandat.* Item de fideicommissis. *l. 178. §. 2. de verb. sign.* de transactione alimentorum. *l. 8. §. 18. de transact.* & si quæ sunt causæ similes. Hæ autem causæ cum essent extraordinariæ, & ab ipso prætore disceptarentur, solebat prætor in edicto pro illo usitato & tralatitio verbo *judicium dabo*, aliud usurpare, videlicet *animadvertam. l. 1. §. 1. ff. de minor. l. 15. §. ait prætor. 25. ff. de injur.* Itaque nec harum causarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ *l. 24. §. ult. ff. de minor. Hotom. lib. 7. obs. 4. Duar. in l. 7. §. 2. de pact. Brisson. lib. 5. & 13. de verb. significat.* Nunc videamus an causas restitutionis in integrum prætor suæ jurisdictioni & cognitioni extra ordinem reservarit, an more judiciorum ordinario atque usitato judicem in his actionemque dederit? Non ipsum prætorem hic judicasse, sed judicium dedisse arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus *l. item si. 14. §. 1. ff. quod met. caus. l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. l. 2. §. 1. ff. de cap. min. l. 1. ff. de alien. jud. mut. caus. l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. major.* ubi prætor læsis restitutionem pollicetur data actione rescissoria. Hinc jam perspicue apparet, judicia hæc non esse extraordinaria sed ordinaria: eosque perspicue errare, qui aut hæc sola aut quod minus ferendum, cætera quoque beneficia prætoria extraordinaria esse remedia existimant, quos vel solæ refellunt bonorum possessiones; ut omittam actiones prætorias Publicianam, Paulianam, Servianam, de constituta pecunia, ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effusis, & innumeras alias. Excipitur sola restitutio, qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læsis succurritur, quam prætor suæ jurisdictioni reservavit: & ideo in hac causa non ait se actionem aut judicem daturum ex more judiciorum ordinario, & consueto: sed uti quæque res erit, animadversurum. *l. 1. §. 1. ff. de minorib.* Unde Paulus in *l. quod si minor. 24. §. ult. eod. ex hoc edicto*, inquit, *nulla proprie actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Cæteræ vero dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonstravimus. Plane si quis restitutiones consideret, quatenus in subsidium & fere non nisi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc sensu remedia extraordinaria recte dicantur, nemo inficias ibit. *l. in causæ. 16. pr. ff. de minorib.*

Alter error interpretum est, quod duplex hic intervenisse judicium imaginantur, rescindens & rescissorium, duplicem libellum, duplicem litis contestationem, & sententiam. Cui errori causam dedit edictum ex quibus caus. major. & textus in *l. qui proprio. 46. §. item quæritur. ff. de procur.* Restituuntur majores variis ex causis, & inter alias, si eorum ex necessaria aut justa causa absentium res usucapta sit. *l. 1. ff. ex quib. caus. major. §. rursus. 5. Inst. de actionib.* Hoc autem casu ait Justinianus permitti domino reverso rescissa usucapione rem petere. Cui simile, quod ait Paulus in *l. in honorariis. 35. ff. de oblig. & action.* ei, cujus absentis res usucapta est, rescissa usucapione actionem dari. Quæ scilicet est illa actio in rem prætoria, quam nostri passim rescissoriam vocant. *l. nec non. 28. §. ult. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo. 24. C. de rei vind.* nonnunquam & restitutoriam. *l. 3. §. 1. ff. de eo per quem fact. er. l. qui proprio. 46. §. 2. ff. de procur.* Cæterum loca ista nequaquam sic intelligenda sunt, quasi duplici judicio

dicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui: sed ideo dicitur rescissa usucapione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipsa simul usucapionem, rescindit, dum permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi a possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset. *l.* 1. §. 1. *l. sed & si.* 26. §. *si feriæ. l. nec non.* 28. §. *pen. ff. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo.* 24. *C. de rei vind.* ex quibus locis perspicue paret, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit. *fac. l.* 2. §. 1. *ff. de cap. minut.* hoc ipsum & Ludovicus Gomessius odoratus est in *d.* §. *rursus ex diverso. Inst. de action.* sed explicare non potuit, aut solide confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic antecessisse, quo quod gestum est, rescinderetur, sed rescissionem & restitutionem in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere actionem rescissoriam dando, argumento est, quod apud Justinianum legimus in §. 3. *Inst. de action.* formula actionis rescissoriæ petitorem intendere possessorem usu non cepisse, quod usucepit: quæ utique formula non convenit actioni pristinæ per rescissionem restitutæ: neque enim remota judicio rescindenti usucapione, huic formulæ & intentioni locus esse potest. At enim inquiunt, Impp. in *l. ult. C. quib. ex caus. major.* ajunt actionem rescissoriam, quam utilem ibi vocant, dari restitutis in integrum. Respondeo, hoc ipsum confirmare, quod nos dicimus, nempe in concessione actionis rescissoriæ ipsam restitutionem esse positam: atque Interpretes abuti textibus juris, qui rescissa usucapione utilem ajunt reddi actionem. Quippe quo nihil aliud significetur, quam, quod cum prætor causa cognita actionem concedit, perinde habeatur inspecto exitu, ac si usucapio rescissa esset: eaque verba respicere effectum formulæ, qua possessorem non usucepisse intenditur.

Sed quid respondemus ad *l. qui proprio.* 46. §. 3. *ff. de procur.* ubi sic Gajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item quæritur, si judicium acceperat defensor, & actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium judicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc objectio videtur esse alicujus momenti: nam ex eo loco recte colligi videtur, esse aliquod judicium restituens sive rescindens, quod præcedat restitutorium sive rescissorium. Sed non est tanti ponderis, ut plerique existimant. Agitur illic de defensore, qui eandem vicem subire cogitur, quam ipse reus. *l. minor.* 51. §. 1. *ff. de procur.* Ponamus itaque casum, quo contra minorem rem aliquam petentem sive actione in rem sive in personam, pro defensore alienæ litis sententia lata est & minorem beneficio ætatis in integrum restitutum, data actione restitutoria. Hic defensor cogendus est etiam judicium restitutorium sive actionem rescissoriam accipere, quam etiam in se hoc ipso, quod alienæ litis defensioni se obtulit, suscepisse intelligitur. Ubi autem hic duplex judicium, restituens & restitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manasse ex ignoratione ordinis judicarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicicis judicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud judices datos: cæterum re vera unum tantum erat judicium, ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur judicium, sed constituebatur a prætore data actione & judice, qui de re cognosceret. Unde nec illa quæ apud prætorem fiebant, in judicio, sed in jure fieri passim dicuntur. Restringitur autem

autem vulgo necessitas duplicis judicii rescindentis & rescissorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter absentiam læsis subvenitur. *Mynsing. 2. obs. 25. Oldendorp. class. 6. act.* 8. nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus causa, ex edicto de alienatione judicii mutandi causa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, simplicitas & unitas judicii nimis evidens & conspicua est.

CAP. XI.

Quale sit beneficium restitutionis in integrum, reale an personale: & an fidejussoribus quoque prosit?

QUIDAM putant restititutionem in integrum esse beneficium reale, moti hisce fere rationiobus. 1. Quia non tantum læsis ipsis, sed etiam heredibus eorum datur. *l. non solum. 6. ff. de in int. restit. l. 3. §. Pomponius. 9. l. minor.* 18. *§. ult. ff. de minor.* 2. Quia & ad successorem singularem transire potest, videlicet ex facto & voluntate minoris, si minor alicui hoc auxilium cesserit. *l. quod si minor. 24. pr. ff. d. tit. l. alterius. 20. §. 1. in fin. ff. de tut. & rat. distr.* nempe non ceditur officium judicis, sed jus implorandi officium judicis, quod actionis instar habet. *l. actionis. 37. ff. de obl. & act. vid. Mynsing. 4. obs. 18. & seq.*

Sed magis est, ut hoc beneficium pro personali habendum sit: neque enim rei aut causæ beneficium dici potest, quod variis ex causis personis læsis, lapsis aut circumventis conceditur. Et cum quæritur, an beneficium aliquod vel actio in rem sit, id non tam ex eo, cui, quam adversus quem detur, æstimandum est. *l. actionem. 25. ff. de obl. & act.* Non obstant loci in contrarium adducti. Nam si omnia, quæ heredibus competun, essent realia, nullæ fere essent actiones personales: quippe quæ omnes heredibus quoque competunt, tametsi pœnales sint ex maleficio, excepta una injuriarum, & si qua alia similis inveniatur. §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio, cedi potest restitutionis auxilium, ergo est beneficium reale: nam omnes actiones in personam cedi possunt. Fatemur privilegia personalia, seu quæ certis personis tribuuntur, non transire in heredem, sed cum personis, quibus tributa sunt, finiri. *l. privilegia. 196. ff. de reg. jur.* at restitutio in integrum non competit jure privilegii in specie sic dicti, aut tanquam jus aliquod singulare, sed magis tanquam remedium juris communis, & quod instar est actionis ordinariæ: non enim ex mera tribuitur gratia; sed ipsa quoque justitia & æquitate dictante, quam ob causam etiam favorabile censetur. *Sfort. Odd. p. 1. quæst. 1. art. 14. & quæst. 50. art. 1. de rest. in integr.* licet suo sensu verum, quod detur contra jus civile. *l. 35. in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porro beneficium restitutionis in integrum non esse reale ex eo quoque liquet, quod non prodest consorti, ut ecce, duo fratres consortes, unus major 25. annis, alter minor, de hereditate paterna cum tertio aliquo transegerunt: hic minori quidem fragilitate ætatis læso succurretur, & proderit minori restitutio, cæterum pro parte duntaxat sua, quatenus scilicet ipsius interest: fratri autem majori non proderit. *l. un. C. si in comm. ca. in int. rest. postul.* Quod si restitutio minoris, ut interdum fit, socio quoque prosit, id propriam rationem habet; veluti si agatur de re natura sua individua, puta servitute communi fundo debita: hic enim non nisi in solidum restitutioni locus esse

potest, nec minor commodum restitutionis sentire, nisi consorti quoque suo prosit. *l. si communem.* 10. *ff. quemad. serv. amitt.* aut si fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito, & minore in integrum restituto, emptoris intersit contractum in totum rescindi propter incommoda communionis. *l. tutor.* 47. §. 1. *ff. de minor.* Cæterum in tota hac quæstione distinguendum videtur inter causas restitutionum: si quidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi causa facta, restitutoria ex edicto de capite minutis mere sunt personales: actio quod metus causa origine sua & ipsa personalis, ut tamen in rem scripta sit: actio rescissoria ex capite de majoribus fere in rem est: restitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adversus tertium possessorem actio porrigatur, quod speciale est. *l. in causæ.* 13. §. 1. *ff. de minor.*

Altera illa quæstio, an beneficium restitutionis fidejussoribus quoque prosit, in causa minorum præcipue agitatur. Nam exceptionem doli mali & metus, etiam fidejussoribus competere certi atque explorati juris est. *l.* 7. §. 1. *ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium prosit etiam minorum fidejussoribus. Non prodesse responsum est. *l. in causæ.* 13. *pr. ff. de minor. l.* 7. *in fin. ff. de except. l.* 1. *l.* 2. *C. de fidejuss. min.* ex adverso prodesse. *l. minor.* 51. *ff. de procur. l. si pupillus.* 89. *ff. de acq. her. l.* 2. §. 1. *ff. de administr. tut. l.* 3. § 4. *vers. sed an hoc auxilium. ff. de minor.* Hæc loca in speciem contraria varie conciliantur, & quidem fere trifariam.

Plerisque cum Accursio in *d. l. minor.* placet hæc distinctio, aut creditor, qui cum minore contraxit, non potest aliter indemnis esse, nisi saltem adversus fidejussorem ei actio detur; aut potest. Priore casu censent, restitutionem fidejussori non prodesse, sed efficaciter posse cum eo agi. Quia creditor ob hunc ipsum metum restitutionis & remedii prætorii fidejussorem a minore accepit. *d. l.* 13. *pr. de minor.* nec tamen fidejussorem adversus minorem habere regressum: quoniam & contra ipsum fidejussorem, ne mandati actione experiatur, restituitur. *d. l.* 13. *l.* 7. *in fin. ff. de except. l.* 1. *C. de fidejuss. min.* Plane si dolo minoris deceptus fidejussor eum majorem putavit, mandati actio efficax est, quia in delictis minori non succurritur. Quæ sententia est *d. l.* 1. *C. de fidej. minor.* Posteriore casu, ubi salva est creditori judicii in alium translatio, etiam subveniri fidejussori, ut in specie *d. l. minor.* 51. *ff. de procur.* ubi creditori seu actori salva manet, contra principalem reum actio. Item in casu *l. si pupillus.* 89. *ff. de acq. her.* ubi creditoribus salva est actio contra heredes legitimos si qui alii sint præter minorem restitutum, vel contra coheredes adeuntes. Et ad hunc posteriorem casum quoque pertinere *l.* 2. §. 1. *ff. de admin. tut. item l.* 3. §. 4. *vers. sed an hoc. ff. de minor.* Diversi juris hanc esse rationem, quia sicut æquum est creditorem in damno non morari, ita eandem æquitatem suadere, ut fidejussori succurratur, si creditori aliter consultum sit.

Alii pro regula ponunt fidejussores minorum beneficio restitutionis non juvari, quasi sua conventione hoc auxilium repudiasse videantur per *d. l.* 13. *pr. ff. de minor. fac. l.* 3. § 4. *vers. sed an hoc. eod.* ubi dicitur interdum & fidejussori hoc auxilium prodesse: unde recte colligas, regulam esse in contrarium. Excipiunt autem casum, quando fidejussor intercedit pro minore certæ personæ qualitatem induente, quam deinde exuat beneficio ætatis: veluti si fidejubeat pro minore tanquam defensore alienæ litis, & promittente judicatum solvi, ut in specie *d. l. minor.* 51. *ff. de procur. l.* 2. §. 1. *ff. de*

adm. tut. aut tanquam herede, ut in specie *d. l. si. pupillus.* 89. *ff. de acq. her.* Eum enim, qui pro his quatenus tales sunt, intervenit, aperte id agere, ut ne teneatur deposita hac qualitate. *Donell.* 21. *comm. c.* 14.

Ant. Faber *lib.* 8. *conject.* 3. *& ad l.* 13. *ff. de minor.* alia adhibita distinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum interesse, utrum fidejussor pro minore intervenerit, tanquam pro alio quolibet, seu quomodo interveniret etiam pro majore, quod in dubio sit præsumendum, etiamsi sciverit conditionem minoris, an quasi pro minore & contemplatione juris prætori, id est, ob eam duntaxat causam, ut creditori cautum esset, qui alioqui propter incertum ætatis ac restitutionis cum minore non contraxisset. Priore casu prodesse fidejussori restitutionem a minore impetratam, perinde ac si a majore impetrata esset. Posteriore vero non prodesse. Atque hanc distinctionem etiam Senatui Sabaudiæ placuisse testatur idem Ant. Faber *Cod. suo for. tit. de fidej. min. defin.* 1. *& tit. qui & adv. quos in int. rest. defin.* 2.

Ex tribus autem hisce distinctionibus expeditissima & tutissima mihi videtur secunda: nam ratio primæ in casu, quo etiam fidejussori succurratur, non convenit speciei *l. si pupillus.* 89. *ff. de acq. her.* Quid enim si nemo adeat hereditatem, ut quæ suspecta sit, nec omnino idonea? Quid enim si vetus aut alia actio propter inopiam aut absentiam debitoris inanis sit? Nec quod ad tertiam attinet, Ant. Fabro concedendum, fidejussorem minoris, quem scit minorem esse, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii intercessisse. Imo cum fidejussor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, propter metum restitutionis. *d. l.* 13. *pr. ff. de minor.* contrarium potius præsumendum: & sibi imputet fidejussor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenerit. Quod vero fidejussori, qui minori heres extitit, salvum manet restitutionis auxilium *l. Stichum.* 95. §. 3. *ff. de solut.* in eo fidejussoris eadem cum cæteris heredibus conditio est. *l.* 6. *ff. de in int. rest. l.* 3. §. *Pomponius.* 9. *ff. de minor.* Neque enim fidejussori qua fidejussori, sed qua heredi salvum manet. Item quod placuit fidejussori qui pro minore dolo adversarii circumscripto intervenit, prodesse exceptionem doli mali, quæ minori ex hac causa competit. *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l.* 2. *C. de fidej. min.* hoc ex eo est, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius est, quam in personam. *l.* 2. §. 1. *&* §. 2. *ff. de dol. mal. exc.* ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejussori. *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l. & heredi.* 21. §. *ult. ff. de pact.* Cui adde quod etiam majoribus eadem ex causa eadem exceptio detur. Cæterum non hoc solo casu, quod quidam putant, restitutio fidejussori prodest, ut jam demonstravimus. Unicum adhuc est, quod hic objici solet, nempe generalis illa regula, quæ definit in omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam accessiones. *l. in omnibus.* 43. *ff. de solut.* Sed huic objectioni sic respondendum, regulam illam toties procedere & veram esse, quoties principalis obligatio aut ipso jure tollitur, aut summovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis est exceptio pacti, rei judicatæ, jurisjurandi, senatusconsulti Vellejani &c. Secus autem est, quando manente obligatione tam naturali quam civili, persona rei duntaxat subducitur, sicut fit, cum minor restitutione utitur per *l. ult. ff. de duob. reis.*

CAP. XII.

An dolus dans causam contractui bonæ fidei, eum reddat ipso jure nullum?

QUÆSTIO hæc agitata est inter Doctores Citramontanos & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonæ fidei contractum, cui dolus causam præbuit, ipso jure nullum esse; hi negant. Illos sequuntur *Cujac. Costal. Bus. ad l. 7. ff. de dol. mal. Don. Myns. Zas. in §. actionum. 28. Inst. de act.* Hos *Coras. 2. miscell. 8. Robert. lib. 3. animadv. 1. 2. & 4.* Nos hic Citramontanorum castra sequemur: in quæ & suprema Curia Hollandiæ concessit *decis. 5.* Primum hoc dicimus in contractu bonæ fidei, nullam circumscripto competere actionem de dolo; Nam aut causam contractui bonæ fidei dedit dolus, & contractus, ut nunc supponimus, ipso jure nullus est; ut puta nulla est venditio, nulla societas, si quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumscriptus est & dolo adversarii adductus, ut venderet. *d. l. 7. ff. de dol. mal.* aut societatem contraheret. *l. in causæ. 16. §. 1. ff. de minor.* aut dolus incidit circa partem aliquam in contractum bonæ fidei, puta circa rei valorem aut traditionem aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipso contractu descendentem. *d. l. 7. §. 3. ff. de dol. l. Julianus. 13. §. 4. & 5. ff. de act. empt. l. 2. C. eod.* aut si conveniatur, qui dolum passus est, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli insunt bonæ fidei judiciis. *l. sed & si. 21. ff. solut. matrim. l. hujusmodi. 84. §. 5. ff. de legat. 1.* In stricti autem juris contractibus non idem doli effectus. Hic enim sive causam contractui dolus dederit, non reddit eum ipso jure nullum; sive inciderit, & in aliqua parte tantum accesserit, non purgatur actione ex contractu descendente, quæ stricti juris est: sed spectatur duntaxat, utrum is, qui per dolum obligatus est, impleverit contractum, nec ne: si nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere potest. *l. si quis. 36. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stipul.* actionem autem de dolo non habet: quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit. *l. ult. ff. de dol. mal.* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, si cætera quoque remedia ei desint, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum subsidium. *Zas. Duar. Cujac. Donell. in d. l. 36. de verb. oblig.*

Illud autem hic quæritur, an verum sit quod cum Citramontanis asserimus, ubi dolus causam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipso jure nullum esse; cum secus se res habeat in strictis judiciis. Et verum esse satis perspicue demonstrat textus in *l. 7. pr. ff. de dol. mal.* ubi jurisconsultus diserte ait, nullam esse venditionem, si in hoc ipso circumscriptus fuerit minor, ut venderet: & notanda eo loco oppositio casuum. Nam dum ait nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, minor circumventus sit, casum hunc opponit casui antecedenti, quo dolo incidente, non causam dante contractus ipso jure valet. Non obstat, quod jurisconsultus utroque casu actionem de dolo in manumissum dat: siquidem Ulpianus ut sententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manumissum dari, qui a domino minore decepto venditus & ab emptore manumissus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrit, cum hic videatur superesse ex vendito, docere voluit sententiam istam Juliani duobus casibus procedere. 1. quando emptio venditio valet, sed emptor

emptor dolo caruit, ut non possit ob dolum a servo commissum actione ex vendito conveniri. 2. ubi emptor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus, ut venderet, & ita dolus venditioni causam præbuit: quo casu cum venditio ipso jure nulla sit, sola supersit actio de dolo.

Probatur hæc eadem sententia, nec minus evidenter, ex *l. in causæ.* 16. §. 1. *ff. de minor.* ubi & majore 25. annis circumscripto in societate ineunda, contractus dicitur esse nullus, & minori eodem casu negatur opus esse restitutione in integrum, quæ utique ei necessaria esset, si contractus subsisteret. Addunt alii & textum in *l.* 3. §. *ult. ff. pro. soc.* quo loco Paulus sic scribit: *Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci esse sententia, nimirum eam societatem ipso jure nullius esse momenti, quæ eo animo & proposito contracta sit, ut ejus occasione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicitæ nulla in universum ex ullo contractu obligatio est. *l.* 6. §. 3. *ff. mandat. l. nec prætermittendum.* 57. *ff. pro soc. l. generaliter.* 26. *& seq. ff. de verb. oblig.*

Restat jam, ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque sectatores adducti in contrariam sententiam iverunt. Sed prius quam eo deveniamus, monendi sumus in distinctione contractuum bonæ fidei & stricti juris, bonam fidem non simpliciter opponi dolo; quippe quem ab omnibus contractibus, etiam a stipulatione & mutuo abesse oportet. *l.* 4. *C. de oblig. & act.* sed quadantenus tantum & secundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei desideratur, eorumque naturæ magis adversatur dolus malus: quod Impp. in *l.* 5. *C. de resc. vend.* significant, cum ajunt, dolum contrarium esse bonæ fidei, quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur. Et ratio est, quia in his alter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præstari oportet, etiamsi de eo nihil cautum sit. §. *in bonæ.* 30. *Inst. de action. l.* 2. §. 3. *ff. de obl. & act.* & hinc est, quod etiam potentius operetur dolus, ad impediendam originem obligationis, in contractu bonæ fidei, quam stricti juris; dolus, inquam contractui causam dans: nam incidens contractum nullum facere non potest.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joan. Faber, & recentiores nonnulli, sicut diximus, ab hac sententia recedunt, contendentes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolus iis causam dederit, ipso jure consistere atque effectum habere, sed rescindendos esse actione ex contractu, aut de dolo, si alia non supersit. Afferunt huic sententiæ firmandæ innumeros locos; quorum præcipui *l.* 11. §. *si quis.* 5. *l. Julianus.* 13. §. 4. *&* 5. *item* §. *si colludente.* 27. *ff. de act. empt. l. si res æstimata.* 12. §. 1. *ff. de jur. dot. l.* 3. *C. comm. utriusque jud. l.* 5. *C. de resc. vend.* Verum non est adeo difficilis ad hæc loca responsio: quoniam in plerisque agitur de dolo incidenti, veluti in *d. l.* 11. §. *si quis virginem.* 5. *ff. de act. empt.* Nam in casu illic proposito venditor emptorem dolo malo non induxit ad emendum, sed cum emptor animum emendi haberet & errore lapsus putaret se virginem emere, venditor sciens emptorem errare, passus est eum in hoc errore hærere: non autem affirmavit esse virginem, quo eum ad emendum induceret: qui error corrigitur data actione ex empto ad emtionem resolvendam. Sic quoque in *d. l.* 13. §. 4. *&* 5. non proponuntur casus, quibus quis dolo inductus & in hoc cirumventus est, ut emeret vel venderet; sed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur.

tur. Similiter ex eo, quod in §. *si quis colludente.* 27. *d. l.* 13. jurisconsultus proponit colludente procuratore, venditionem factam, non sequitur necessario dolum dedisse causam contractui. Multoque minus ex *d. l.* 12. §. 1. *ff. de jur. dot.* cum procul dubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, sed in æstimatione & traditione servi. Nec denique ex *l.* 3. *C. comm. utriusque jud.* neque enim illic agitur de dolo, qui divisioni causam præbuit, sed admisso in ipsa divisione, qui dolus est incidens. & sic quoque capiendæ *l.* 7. §. 1. *depos. l.* 49. *de O. & A. l.* 79. *pro soc. l.* 43. §. *ult. l.* 66. §. 1. *l.* 68. §. 1. *de contr. empt. &c.* Sane in specie *d. l.* 5. *C. de resc. vend.* dolum dedisse causam contractui; verba ipsa satis aperte ostendunt, & tamen etiam eo casu rescindi dicitur venditio. Sed bene respondet Cujacius, nihil aliud his verbis, *venditionem rescindi*, eo loco significari, quam data & tradita revocari condictione sine causa. Nam proprie ipsa venditio, quæ nulla est, non potest dici rescindi: sed rescindi dicitur ab effectu, qui secutus est, quoniam dominium per traditionem translatum erat. *l.* 7. *pr. ff. de Dol. mal. l. dolus.* 10. *C. de resc. vend.*

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna sunt consideratione. Primum tale est: ubi adsunt substantialia contractus, ibi non potest contractus ipso jure esse nullus: atqui licet dolus, causam dederit contractui bonæ fidei, adest consensus, adsunt alia essentialia: ergo ipso jure non est nullus. Ad propositionem quod attinet, monendi sumus contractus non ex mero jure gentium hic considerari oportere, sed quatenus jure civili recepti & approbati. Assumptio falsa videri potest, propterea quod dolus excludat consensum: cæterum ita stabilitur. Si vis & metus non excludit consensum nec contractum vitiat, nec dolus excludet &c. At verum antecedens: ergo & consequens. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maxime videtur contraria esse voluntati. *l. nihil consensui.* 116. *de reg. jur.* vel quia in vi & metu etiam dolus inest. *l.* 2. §. *doli mali.* 8. *ff. d. vi bon. rapt.* Antecedens non obscure negat Cujacius in *l. si quis.* 36. *ff. de verb. oblig.* & aperte Donellus in *l.* 1. *C. de resc. vend.* Verissimum tamen esse argumento sunt verba ipsa edicti prætoris, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* neque enim restitutione opus esset, si contractus ipso jure non valeret: & non nisi insulse atque inepte ad metum & vim quandam incidentem edictum hoc referre possit. Accedunt expressi textus in *l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *C. de his quæ vi metusv. ca.* ex quibus manifeste patet, vim & metum non efficere, ut contractus, quamvis sit bonæ fidei, & cui metus causam dederit, sit ipso jure nullus: sed eo non obstante actionem & exceptionem quod metus causa dari. Movere non debet, quod scriptum est in *l. si mulier.* 21. §. 3. *ff. quod met. ca. Si dos metu promissa sit, nullam nasci obligationem, nec talem promissionem dotis ullam esse.* Hoc enim speciale est in promissione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur restitutio: quoties autem contra actum, si valeret, non datur restitutio, toties actus metu gestus ipso jure non valet. *fac. l.* 9. *pr. l. si privatus.* 17. *ff. qui & a quib. man.* & quod notandum est, loquitur *d. l.* 21. §. 3. de dote stipulanti promissa: vix autem quisquam est, qui dubitet talem promissionem, licet metu extortam, alias ipso jure subsistere. Magis obstare videtur *l.* 1. *C. de resc. vend.* ubi Imp. Alexander ait venditionem per vim & metum extortam irritam esse. Sed recte respondet Accursius, *irritam* positum esse pro irritandam, nempe per actionem quod metus causa; quia prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus

tus

tus causa. *l.* 1. *ff. quod met. ca. l.* 3. & 2. *seqq. C. eod.* ut exitu inspecto actus hic sit irritus, aut pro irrito habendus. Non igitur cum Bachovio *de action. disp.* 6. *th.* 17. negamus rationem connexi, & dicimus, a metu ad dolum non recte inferri. Quod si quis hic urgeat responsum Ulpiani in *d. l.* 2. §. *doli mali.* 8. *ff. vi bon. rap.* ubi ait, eum, qui vim facit, etiam dolo malo facere & in vi dolum inesse. Responsio in promptu est, doli appellationem & generalem esse omnemque significare improbitatem, malitiam ac propositum delinquendi, quo significatu etiam vis dolus est. *l.* 7. *ff. ad leg. Corn. de sicar.* & specialem, qua injuriæ illa species intelligitur, quæ fit occulte & per simulationem, distinguiturque a vi, quæ aperta est, nec semper cum ea concurrit, quomodo Cicero dicebat, fraudem vulpeculæ vim Leonis esse. Atque in priore significatu dicimus JCtum Doli verbum accipere in *d. l.* 2. §. 8. *vi bon. rapt.* nec aliud intelligere, quam eum qui vim infert, pravum & improbum propositum habere, qui dolus apertus est, id est, manifesta malitia & improbitas reipsa & facto declarata. At nos hic disputamus de dolo in specie dicto, quo intelligitur, qui est in verbis & occulte fit per simulationem. Sed parum proficimus, nisi ratio aliqua afferatur, cur eum qui metu coactus verbi causa emit aut vendidit, placeat ipso jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus consensui, sine quo nullus contractus subsistit, contrarius sit, quam dolus. *l. nihil consensui.* 116. *ff. de reg. jur.* Putamus autem hanc esse rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas est, quam in altero: utique enim & coacta voluntas vere voluntas est. *d. l.* 21. §. *pen. quod met. ca.* sicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult se liberari periculo & voluntate enixa, ac seria. *Aristot.* 3. *Eth.* 1. Sane quidem vis est contraria voluntati, sed quatenus causam extrinsecus impellentem spectamus, non quatenus respicimus causam proximam & ipsum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hic considerandæ voluntates; una prior, altera vi posterior: quarum priori vis est contraria, posteriori vero tantum abest ut vis contraria sit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea consistere queat. Errantis autem & dolo circumventi, ut sit aliqua voluntas, non tamen tam enixa est & certa, quia decipitur. Non possumus dicere plane & omnimodo dolo interveniente tolli consensum, quod temere Bronchorstius *cent.* 1. *assert.* 57. & alii nonnulli afferunt: nam hoc admisso ne contractus quidem stricti juris dolo causam conventioni præbente ipso jure subsisterent: cum nulli contractus, ac ne stipulatio quidem sine consensu ullius momenti sit. *l.* 1. §. 3. *ff. de pact.* Sed hoc dicimus etiamsi simpliciter & absolute non deficiat consensus, tamen cum hic debilior sit, quam in casu objecto, & hæc sit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præstentur ex æquo & bono, & bonæ fidei, quæ in hisce judiciis exuberantissime requiritur, maxime repugnet dolus malus. *l.* 5. *C. de resc. vend.* ubi principium est vitiosum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non posse: utut stipulationem sustineat verborum solennitas, mutuum interventus rei, & obligatio unilatera. Et effectu pene idem est, quod Baldus in *l. sub prætextu.* 19. *C. de transact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem substantialem (rectius dixisset naturalem) quæ inest a propria & speciali natura contractus: sed in strictis judiciis esse contra qualitatem accidentalem duntaxat, & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale est: Qua ex causa transit dominium, ea non potest censeri ipso jure nulla. At ex contractu bonæ fidei puta venditione, cui,

 dolus

dolus causam dedit, transit dominium: ergo. Major est in *l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* Assumptio probatur ex eo, quod nusquam legimus hoc casu dari vindicationem: quæ utique competeret, si dominium translatum non esset. Quinimo ex *l. 7. pr. ff. de dol.* perspicue probatur dominium in casu, de quo agimus, transferri: alioqui enim manumissio non procederet. *l. 3. C. si advers. libert. fac. l. 10. C. de resc. vend.* & miror Bronchorstium id negare *arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. poss.* ad quam vel puer responderit. Hinc porro sic colligunt; Ubi non impeditur translatio dominii, ibi multo minus impediri debet nativitas obligationis, per *l. 4 ff. de contr. empt.* Atqui ubi dolus causam dedit &c. Respondet Baldus in *l. 19. C. de transact.* ad hunc modum: Concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio est impediendi: sed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam, non dominium; ibi impeditur obligatio, sed non dominium, ut in sæpius allegata *l. 7. pr. ff. de dol.* Ratio, quia non procedunt ab eadem causa: nam obligatio non potest esse sine vero & efficaci contractu, sed dominium potest transferri ex causa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus Baldus, cujus nimirum hæc sententia est, traditionem ipsam cum animo transferendi dominii factam ab eo, qui saltem putat subesse causam habilem & idoneam, licet nulla subsit, sufficere ad translationem dominii: idque verum esse indicio est indebitum per errorem solutum. Illud enim indebitum est, quod nulla ex causa vere debetur: & tamen si quis errore ductus putans se debere ex aliqua causa solverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem soluti tantum condictionem indebiti habet, non vindicationem. *tit. ff. & C. de condict. indeb.* Sic licet matrimonium nullum sit, tamen dos data non vindicatur, sed per condictionem repetitur. *l. pen. C. de interd. matrim. int. pup.* Itaque recte Donellus in *d. l. 5. C. de resc. vend. n. 3.* quod Paulus in *l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* scribit; nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita si justa aliqua causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, ita accipiendum docet, sive revera justa causa præcesserit, sive opinione tradentis.

CAP. XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, si captus sit, concedenda in integrum restitutio?

NON una causa est, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum restitutio. Quid enim si judicio recte defensus, & causa cognita sententia judicis condemnatus sit, an non obstabit restitutioni auctoritas judicis & rei judicatæ? Placuit non obstare, ac nihilominus beneficio ætatis minores consequi posse, quod jure communi appellatio interposita præstat majoribus. *l. præses provinciæ. 42. ff. de minor. & tit. C. si adv. rem judic.* Quid si decreto magistratus res minoris vendita sit? hic multo minus: siquidem magistratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto suo non comprobat. *l. 2. C. de fidejuss. minor. l. siquidem. 11. C. de præd. minor.* Sed nec curatorum auctoritas usque eo valet, ut id beneficium curæ suæ commissis adimant, quod remota hac auctoritate & sine curatoribus constituti habituri fuissent. *l. tutor. 47. ff. de minor. & tot. tit. C. si tut. vel. cur. interv.* Sed finge minorem esse hominem frugi & industrium, magistratum aliosve honores gerere, parentem esse

esse multorum liberorum remque familiarem bene ac prudenter administrare: hæc utique signa sunt non fragilis & infirmi, sed prudentis & maturi consilii. Quid ergo? An non merito hujusmodi adolescentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus si capti probentur, restituendos per *l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui & adv. quos.* Etenim quantacunque huic ætati prudentia tribuatur, semper tamen ei adjuncta est levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum *ἀπειρία*. *Sfort. Odd. p. 1. quæst. 23. art. 3. & 13. Sichard. in l. 2. C. d. in int. rest. minor. n. 2.*

Quid si Doctor juris sit, adeoque non levi juris scientia imbutus? Huic communiter Doctores restitutionem in integrum denegandam esse censent, etiamsi in negotio gerendo se læsum esse doceat, teste Oddo *d. loc. art. 7.* Rationem hujus suæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia restitutionem ob defectum ætatis desiderare potest, cujus ætatem supplet juris scientia: nec quisquam id affectare debeat, in quo intelligit vel intelligere debet, imperitiam suam alii periculosam fore. *l. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Addunt, quod turpe sit, ut Q. Mucius dicebat, causas in foro oranti jus ignorare. *l. 2. §. Servius. 43. ff. de orig. jur.* & quod ad jurisconsultos olim, teste Cicerone *lib. 3. de Orat.* non solum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque *Duar. in l. 1. C. qui & adv. quos. Gomez. 2. resol. 14. n. 5. Bronchorst. 1. miscell. 28.* Cæterum hæ rationes tanti apud me non sunt, ut huic sententiæ subscribere possim. Nihil enim commune habet professio juris & artium cum bonorum administratione & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, sed usu & experientia comparatur. Bene Cicero in *fin. 2. de offic. de quærenda,* inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodius a quibusdam optimis viris ad medium Janum sedentibus, quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur.* Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliisve hujuscemodi negotiis olim consuli solitos fuisse adolescentes; Quid quod apud veteres non alii, quam clarissimi viri, magnoque rerum usu præditi & fere honoribus omnibus & reipub. muneribus perfuncti de jure civibus responsitabant, ut ex eodem Cicerone *lib. 1. de Orat.* discimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus est, si causa cognita captus esse deprehendatur, a solito auxilio removendum *arg. l. 1. C. qui & adv. quos. & arg. l. 1. in fin. ff. de minor.* quo loco jurisconsultus scribit, non debere adolescentibus ante perfectam ætatem rerum suarum administrationem committi, quamvis bene rem suam gerentibus. Quantacunque enim ut dixi, adolescentiæ tribuatur peritia, semper tamen obnoxia est captionibus, adjunctaque est huic ætati consilii quædam infirmitas & inconstantia. *Odd. de art. 7. Sarmient. 3. select. interp. 12. Fachin. 3. cont. 5.* Arbitror tamen hoc restringendum esse ad captionem & læsionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adolescens profitetur, nihil attinent, puta si læsus sit ignorantia facti, quæ excusationem mereatur, & maxime in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia &c. Nam juris ignorantiam allegare causas in foro oranti nimis turpe est. *d. l. 2. §. Servius. de orig. jur.* veluti si errore juris exceptionem vel allegationem omisit, quia putabat eam ad merita causæ non pertinere. Cum enim se juris peritum profiteatur, hic desiderium ejus restitutionem propter errorem petentis pugnaret e diametro cum ejus professione: Est autem iniquum & incivile aliquid postulare quod discrepat & alienum est a professione nostra. *l. professio. 6. C. de mun.*

mun. patrim. lib. 10. *t.* 41. *l. in honoribus.* 8. §. *philosophis.* 4. *ff. de vac. mun.* Unde etiam peritiam cujuscunque artis, quam minor profitetur, restitutionem impedire circa negotia ejusdem artis & professionis statuunt. *Maurit. de rest. in int. c.* 223. *Odd. d. art.* 7. *n.* 32. *& seqq.*

CAP. XIV.

An si institutus beneficio ætatis contra aditionem hereditatis restitutus sit, convalescat substitutio?

VULGARIS substitutio facta extraneo sive puberi sive impuberi post aditam hereditatem expirat. *l.* 5. *C. de impub. & al. subst.* Sed quid si institutus heres, postquam adiit hereditatem, beneficio ætatis contra aditionem in integrum restitutus sit, an hic convalescet substitutio, ut jam ex ea admittatur substitutus? Communis interpretum sententia est, substitutum admitti, dictam *l.* 5. *C. de imp. & al. subst.* sic interpretantium, si aditio duraverit: restitutione autem impetrata omnia in pristinum statum reponi. *Gloss. Cyn. Salic. Don. & alii in d. l.* 5. *Zas. tract. substit. c.* 1. *vers. secundo limitate. Merend. lib.* 4. *contr. c.* 9. Nec hanc sententiam putant destitui auctoritate; proferuntque ad eam stabiliendam *l.* 2. §. 3. *ff. de vulg. & pup. subst. l. Julianus.* 42. *pr. l. si minor.* 61. *ff. de acq. her. l. ex contractu.* 44. *ff. de re jud. l.* 7. §. *sed et.* 5. *&* §. *sed quod Papinianus.* 10. *ff. de minor. l.* 1. §. *antepen. l.* 2. §. *si bonorum.* 10. *ff. ad sen. Tertull.* quibus tamen locis an hæc sententia satis probetur, magna ratio est, cur dubitem: sed de eo mox videbimus. Duo sunt loci, qui in contrariam sententiam me trahunt, quod scilicet herede instituto post aditam hereditatem beneficio prætoris se abstinente, sustitutus non sit admittendus, *l. ult. ff. de success. edict. & d. l.* 7. §. *sed quod Papinianus. ff. de minor.* quæ ab aliis pro contrariæ sententiæ firmamento affertur. In *d. l. ult. ff. de success. edict.* expresse negat Papinianus inferioris gradus cognatum beneficium edicti successorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum possessionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abstinendi postea consecutus sit. In *d. l.* 7. §. *sed quod Papinianus. ff. de minor.* unus tantum casus a sententia Papiniani dicentis, si minor, cui servus proprius substitutus est, post aditionem abstinendi causa restitutus sit, substitutum nec heredem nec liberum fieri. Excipitur, si hereditas solvendo non est, idque non recto jure, sed ex æquitate rescripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomine veneant. Jam vero nihil est vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Neque alia ratione utitur jurisconsultus, quam quod substitutione semel per aditionem extincta substitutus amplius admitti non possit. Atque idem omnino dicendum est de pubere suo herede instituto, qui accepto substituto ætatis beneficio post immistionem abstentus est. Ratio non est obscura; quia non solum deficit conditio substitutionis instituto hereditatem adeunte, sed etiam bona testatoris esse desinunt & fiunt heredis, cujus restitutio alii prodesse non debet.

Examinemus jam & excutiamus singulos locos in contrarium prolatos. Primus est *l.* 2. §. 3. *ff. de vulg. & pup.* Sed iste locus huc non pertinet: cum hic tractemus de substitutione vulgari facta extraneo aut filio puberi, illic de substitutione pupillari facta filio impuberi, & longe alia quæstio illic decidatur, nempe si minor 25. annis heres institutus post abstentionem adeundæ hereditatis gratia restitutus fuerit, confirmari tabulas

tabulas primas & prætorem utiles actiones ex secundis substituto pupillari decernere; in quo utilitati consulit non tam substituti, quam pupillorum. *l. Julianus.* 42. *pr. ff. de acq. her.* qui quidem locus & ipse pro contrariæ sententiæ assertione affertur, sed eam non magis juvat, quam ille proxime præcedens: quippe cum & isto loco agatur de substitutione pupillari & admittendo substituto, etiam eo casu, quo pupillus hereditate paterna se abstinuit, & intra pubertatem mortuus est: unde hoc tantum probatur, quo vulgo dicitur, nuda sui heredis, licet se abstinentis, existentia confirmari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur substitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu.* 44. *ff. de re jud.* Sed neque in *d. l.* 44. agitur de vulgari substitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam suo, sed impuberi suo heredi, quam substitutionem non extinguit immistio, si modo postea se pupillus abstineat: Ratio est quia communi jure & sine restitutione in integrum se abstinet pupillus suus, qui se miscuit. *l. in necessariis.* 57. *ff. de acq. her.* Extraneus autem aut pubes, qui adiit aut se immiscuit, contra aditionem aut immistionem, non restituitur nisi speciali decreto prætoris causa cognita. *d. l.* 57. *in fin. pr.* quod beneficium non temere extra personam restituti in alterius favorem extendi debet. *l.* 3. *§. sed utrum.* 4. *ff. de minor.* Dici quidem & illud probabiliter potest in *d. l.* 44. pupillam se non immiscuisse, sed nihil interest. Ex *l. si minor.* 61. *ff. de acq. her.* sic argumentantur, si minoris adeuntis & postea restituti coheres ad portionem minoris volens admittitur jure accrescendi, multo magis volens substitutus admittendus est, quia substitutio potentior est jure accrescendi. *l.* 2. *§. si duo.* 8. *ff. de bon. poss. sec. tab.* At minoris adeuntis & postea restituti portio volenti coheredi accrescit. *d. l.* 61. Respondeo, alia in proposito est ratio substituti, alia coheredis: cui scilicet vel propter partem suam, quam acquisivit, concedendum fuit totum agnoscere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitus agnoscat, cogi non potest, a toto recedere.

Citatur pro contraria sententia & *l.* 1. *§. antepen. ff. ad. SC. Tertull.* item *l.* 2. *§. si bonorum.* 10. *ff. eod.* quarum in priore si filius hereditatem matris adierit ex Orficiano & per in integrum restitutionem absentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipsius senatusconsulti, quæ extensiva sunt, & limitant jus adeundi hereditatem maternam, ut non obstet agnatis, nisi filius cum effectu heres sit. *d. l.* 1. *§. antepen. l.* 6. *§.* 1. *eod.* Eodemque modo respondendum ad alteram nempe *l.* 2. *§.* 10. *eod.* ubi si filius adierit ex jure antiquo & restitutus sit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis scilicet senatusconsulti, quæ & ipsa extensiva fuisse credibile est. Ad *l.* 7. *§. sed quod Papinianus.* 10. *ff. de minor.* jam ante respondimus, eam aperte confirmare nostram sententiam, cum unus duntaxat casus ibi excipiatur in servo necessario minori substituto, si hereditas solvendo non sit. Atque hujus sententiæ auctores habeo Cujacium & *Bus. in d. §. sed quod Papinianus. Duar. in comm. ad tit. de vulg. & pup. substit. Govean.* 2. *var. lect.* 13. *c.* 10. *Perez. ad tit. C. de impub. & al. subst. n.* 7. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *th.* 7. ubi & bene respondet objectioni desumptæ ex vulgata illa regula, restitutione concessa omnia in pristinum statum reponi: nempe hanc regulam eo duntaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor restituitur, propterea quod in negotio gerendo læsus sit, in pristinum statum reponendum esse: hoc autem nostro casu restitutionem magis in rem fieri videri; neque minorem restitui adversus substitutum; imo nec proprie & vere loquendo substitutum posse dici a minore læsum.

Excluso autem substituto quæritur, utrum hereditas ad legitimum successorem pertineat, an fisco vindicetur? illud placet Duareno & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Busio: quorum sententia videtur verior: quoniam excluso substituto, multo magis exclusi intelliguntur venientes ab intestato; cum utique causa testamenti potior sit successione ab intestato. Deinde quia bona ista per aditionem heredis, testatoris bona esse desierunt, ut ad ea legitimi ejus heredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona ista quasi vacantia fisco deferri: & hoc satis abundeque probat *l. ult. ff. d. success. edict.*

CAP. XV.

An auth. Sacramenta puberum. C. si adv. vend. *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure?*

EXTAT constitutio Frederici Imperatoris *lib. 2. Feudor. tit. 53. §. 3.* quæ inde translata in Codicem Justinianeum sub *tit. si advers. vend.* in hæc verba; *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel justum metum extorta etiam a majoribus (maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant) nullius esse momenti jubemus.* Quæsitum autem est, an hæc Frederici constitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure, & adversus quos puberibus extra causam jurisjurandi necessaria restitutio? Ait Martinus & Citramontani: negat Bulgarus & Ultramontani: atque hæc lis totam jurisprudentiæ scholam conturbavit. Ego Martini sententiam veriorem esse puto: & nullus dubito, quin Fredericus secutus auctoritatem juris Canonici, quod juramentis favet & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris, & Canonico consentaneum statuere voluerit, utcunque *l. 1. C. eod. tit.* cui *d. auth.* subjecta est, ad contractus jure validos tantum pertineat. Etenim illi demum actus jure Canonico simpliciter prohibiti & invalidi sunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius peccatum, quod juraveris, servare. Et cum igitur jure civili minores restitui possent, etiam adversus ea, quæ rite gesta per tutores & curatores *tit. C. si tut. vel. cur. int.* imo licet ex decreto judicis gesta essent, puta prædium minoris ex decreto venditum. *l. siquidem. 11. C. de præd. min.* Imperator Alexander in *l. 1. C. si adv. vend.* excepit, nisi isti contractus juramento sint confirmati. Cæterum loquitur Alexander de contractibus validis. Fredericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi a minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, sed ii tantum, qui invalidi sunt, propter solam ætatem, qui si a majoribus gesti essent, jure rati forent & efficaces; veluti si minor sine curatoris consensu contrahendo se aut res suas obligavit, aut alienavit, aut res soli sine decreto distraxit. Sed & si lex civilis conventionem, quæ ratione objecti est ἀδιάφορος, privatæ tantum utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis est donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos solidos, renuntiatio futuræ successionis, transactio facta de rebus testamento relictis non inspectis testamenti tabulis &c. Ad talem quoque conventionem *d. auth.* pertinere arbitror, eamque juramento a minore confirmatam inviolabiliter servandam, perinde ac jure Canonico obtinet in majoribus: siquidem eo jure & defectum ætatis jura-

juramentum supplet, & sponte præstitum omne sine exceptione servandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet. *C. quamvis de pact. in 6.* At si actus aliquis aut contractus a majore celebratus ideo non valet, quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis est renunciatio senatusconsulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis, aut rei, cujus usufructus penes patrem est, talem contractum a jurejurando robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis a majoribus interposito: ac multo minus, si conventio ideo improbetur, quia natura turpis est, & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici: quoniam jusjurandum non debet esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis. C. 1. *ext. de jurejur.* C. *inter cætera.* 22. *quæst.* 4. C. *non est obligatorium. de reg. jur. in 6.* atque in eo jus Canonicum & civile interse conveniunt. *l.* 7. §. *& generaliter.* 16. *ff. de pact.* Itaque quamvis *d. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua causa, putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure speciali certis tantum personis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet secus sit jure civili. *l.* 5. *C. de legib.*

Urget in contrarium Bulgarus verba *d. auth. super contractibus rerum suarum non retractandis.* Sed non oportet verba captare præsertim in constitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto processerunt, licet de jure effectum non sint sortita. *l.* 5. *C. de resc. vend. l.* 1. *C. qui man. non poss. junct. pr. Inst. qui & ex quib. ca. man.* Illud futile est, quod quidam objiciunt, ecclesiam eodem jure, quo minores censeri, quæ tamen adversus contractus juratos prælati vel episcopi restituatur. *C.* 1. *de rest. in integr. in 6. C. præsertim. de testib. in 6.* quasi vero unquam quisquam negasset minori concedendam esse restitutionem adversus contractum juratum curatoris sui! Objicitur denique, quod minor sine curatore suo non potest aut creditori suo jusjurandum deferre, ut se obliget, aut debitori, ut eum liberet. *l. nam postea quam.* 9. §. *si minor.* 4. *l. jusjurandum.* 17. §. 1. *ff. de jurejur.* unde dicendum videtur nec permittendum ei esse, ut sine curatore ipse se per jusjurandum obliget, & conditionem suam faciat deteriorem. Respondeo, cum leges jusjurandum a minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conservent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant; quam non fovent, ubi non ipse minor, sed creditor ejus aut debitor jurant. At si juramentum ab ipso minore præstitum violari paterentur, a damno quidem eum liberarent, sed impietatem ejus foverent. Præstat autem damno eum affici, quam impium fieri.

Quamvis autem hæc ita probabiliter pro tenore hujus *auth.* disputari possunt, ea tamen plerisque nimis rigida & infirmæ ac captionibus expositæ ætati perniciosa visa est: diciturque Henricus septimus, filius Frederici, cui Papa Honorius tertius hanc *auth.* extorsit, eam aboliturus fuisse, nisi morte fuisset præventus: Utut sit, vix ullibi locorum recepta est. videsis *Busium ad l.* 13. *ff. de minor. Gudelin. lib.* 3. *de jur. noviss. c.* 14. *Christin. vol.* 2. *decis.* 125. *& vol.* 5. *decis.* 225. *Groeneweg. de leg. abrog. ad h. auth. & ibi alleg. Ant. Fab. C. suo for. tit. de int. rest. min. & tit. si adv. vendit.*

CAP.

CAP. XVI.

Utrum unum tantum, an duo sint genera arbitrorum similitudinem judicum habentium?

JUDICIUM dividi solet in necessarium & voluntarium: cæterum hæc distributio non est generis univoci, sed πρὸς ἕν. Nam arbiter proprie judex non est, cum privatorum consensus judicem non faciat. *l.* 3. *C. de jurisd.* sed partes judicis suscipere dicitur. *l. Pomponius.* 13. §. 2. *ff. de recept. arbitr. l. rem non novam.* 14. *C. de judic.* & arbitria ad similitudinem judiciorum redigi, judicia imitari. *d. l.* 14. *l.* 1. *ff. de recept. arbitr.* Nimirum præter judicium proprie dictum, quod omne necessarium est, & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi sunt, est & voluntaria quædam contendendi ratio extra jurisdictionis necessitatem posita apud eos, ad quos ex consensu & compromisso itur, qui judices compromissarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipsa ad sopiendas lites pertinet. *d. l.* 1. Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromissum appellatur: quia litigatores compromittere, id est, simul & invicem pœnam promittere solent, si quis eorum sententiæ arbitri non steterit. *l.* 3. §. 2. *l. litigatores.* 11. §. 1. *& seq. ff. eod. tit. l.* 1. *C. eodem.*

Duo autem genera arbitrorum Interpretes nostri fere faciunt, quorum unum sit eorum, qui proprie arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. l. societatem.* 76. *ff. pro soc.* quorum illi tanquam judices servato judiciorum ordine procedant, hi sine solennibus litem amice ex bono & æquo componant. *vid. Gail.* 1. *obs.* 150. Sed ego existimo totum hoc esse commentitium & a ratione juris civilis plane alienum; quod & jam olim suspicatus est Jacobus teste *Bart. in d. l. societatem. ff. pro soc.* & ex recentioribus aperte docuit Corasius *lib.* 4. *miscell. c.* 18. ac novissime solide demonstravit Bachovius *ad tit. ff. de recep. arbitr. c.* 1. *n.* 2. Etenim nusquam legimus arbitratorem adhiberi, ut judicem, ad controversiam aliquam sine forma judicii sua sententia dirimendam, sed tantum intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ personæ arbitrio definienda permittatur. *l. si coita sit.* 75. *cum seqq. ff. pro soc. l. ult. C. de contr. empt. l. si merces.* 25. *pr. ff. locat.* aut si modus restituendi, *l. si quis.* 43. *ff. de verb. oblig.* vel legati relicti quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur. *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *ff. de cond. & dem. l. ult.* §. 1. *C. comm. de legat.* Nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua arbitratoris interventu decisa dicatur. Et ideo dubitandum non est, quin etiam die festo arbitrator, quod sibi videtur, statuere possit. *arg. l.* 8. *C. de feriis.* quamvis arbiter tali die, non magis quam judex, possit sententiam ferre. *l.* 3. *l.* 7. *C. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid statuit, quod manifeste iniquum est, ad arbitrium boni viri, id est, judicis res redigi, constitutoque judicio pronunciatum corrigi potest, & nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem. *d. l. societatem. & l. unde si Nervæ.* 79. *ff. pro soc.* adeoque etiam in contractibus stricti juris. *l. si libertus.* 30. *ff. de oper. libert. l.* 1. §. 1. *ff. de legat.* 2. Donel.

Donel. ad d. l. si quis. 43. ff. de verb. obl. n. 16. Bachov. d. loc. ut frustra disputent Doctores in *d. l. societatem.* quis judex hic pro reductione adeundus sit. Nihil itaque commune habent arbitratores isti cum arbitris compromissariis: nam neque arbitrium dicere, si nolint, coguntur: & tunc velut conditio contractus deficit, id est, non recurritur ad arbitrium alterius, quasi arbitrium boni viri electum esset, sed nihil actum esse intelligitur. *d. l. si coita. 75. ff. pro soc. d. l. ult. C. de contr. empt. d. l. si quis. 43. ff. de verb. oblig.* quanquam in testamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur. *l. 12. ff. de reg. jur.* contrarium observetur, & sive is in cujus arbitrium legatum collatum est, arbitretur, sive arbitrari nolit aut non possit, semper legatum utile sit, quasi collatum in boni viri arbitrium. *l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.* Sed neque arbitratores hi usquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum prætoris de his qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque esse interpretum disputationem quærentium quamdiu & usque ad quod tempus reductio ab arbitramento arbitratoris peti possit, licet Bartolus in *d. l. societatem. n. 22.* dicat quæstionem hanc requirere decisionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem a pravo & manifeste iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri sit personale & petatur per actionem ordinariam, consequens est illud jus non nisi triginta annorum spatio præscribi *per l. 3. C. de præscr. 30. annor.* A sententia autem arbitri compromissarii, quam barbaro vocabulo laudum appellant, reductio petenda est intra decem dies, ut in appellatione fieri debet, cujus ea reductio quædam species est. *l. pen. vers. sin autem post sententiam. C. de recept. arbitr.* Tractatur hæc quæstio apud *Gail. lib. 1. obs. c. 150.*

CAP. XVII.

An litis contestatio aliter, quam negative ex parte rei fieri possit?

ANTIQUITUS certæ actionum defensionumque formulæ a jureconsultis erant compositæ. *l. 2. §. deinde. 6. ff. de orig. jur.* quas necesse erat in jure apud prætorem præeuntibus jureconsultis a litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel syllaba deerrasset, causa cadebat; de quo adi *Pet. Fabr. 1. semest. 21. Ræuard. c. 2. de auct. prudent.* Negotio autem solenniter exposito, in id, quod intendebatur respondebaturque, testes ultro citroque adhibebantur, unde litis contestationis nomen, auctore Festo in voce *contestari. add. Cujac. lib. 9. obs. 21. Pet. Fabr. 2. semestr. 24. Revard. lib. sing. pro tribunal. c. 11.* A magistratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium conciperet, & litigatoribus postulantibus daret, id est, agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, siquidem ipse prætor rem suæ cognitioni reservabat; *Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo judicium est, quo Titius condemnetur.* Quod si alium judicem prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis, *judicium est*, dicebat verbi causa, *Aquilius Judex esto, & Titium condemnato.* Reddebatur autem judicium eodem tempore, quo lis contestabatur, unde factum, ut in usu juris idem exprimant post litem contestatam & post judicium acceptum: nec ante contestatio pro justa habebatur, quam judicio esset inclusa. Dato autem judice & judicio ordinato utraque pars invicem denuntiabat, ut ad judicem datum venirent,

rent, & ad eos, qui propter tribunal assistebant, hæc verba pronuntiabant, *Testes estote, &c.* iisque verbis dicebantur actor & reus litem contestari. Apud prætorem igitur contestatio fiebat; judicis autem officium lite demum contestata incipiebat. *l. si reus. 73. ff. de proc.* de quo fusius Rævardus ubi supra. Hæc monuisse vel eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata est, intelligatur. Nam ut prætor judicium dabat, reddebat, constituebat, ita litigatores judicium accipere, subire, suscipere dicebantur, cum potestatem causæ agendæ a prætore impetrassent. *l. 2. §. 3. l. 3. l. sed & si. 52. ff. de judic.* atque ex eo est, quod judicio dicitur contrahi. *l. 3. §. idem scribit. 11. ff. de pecul.* Cæterum hæ formularum angustiæ una cum actionum impetrationibus pridem sublatæ sunt *tit. C. de form. & impetrat. act. sublat.* Testationis quoque solennitatem etiam multo ante sublatam fuisse arguit *l. un. C. de lit. contest.* ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat, dummodo verbis utatur aptis & rei propositæ convenientibus, solaque maneat nunc litis contestatio, quæ cedat pro judicio dato & constituto, cum judex per narrationem negotii causa audita decernit, ut in eam rem probationes afferantur. *d. l. unic.* quæ cum sit Severi & Antonini, apparet jam tum veterem contestationem in usu non fuisse.

Cum autem ad litis contestationem hæc requirantur, propositio actoris, & ad eam propositionem responsio sive contradictio rei. *l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* recte mihi sentire videntur, qui asserunt litis contestationem a parte rei non aliter, quam negative fieri posse. Nam cum intentio actoris semper sit affirmativa, necessario sequitur litis contestationem, quæ in contradictione posita est, non nisi in negatione a parte rei consistere posse. Ac proinde verissimum est, quod *Vigl. c. 1. de lit. contest. Obrecht. c. 2. n. 6.* docent, per simplicem confessionem rei nunquam induci posse litis contestationem, quoniam ubi lis non est, nec fingi potest litis contestatio: lis autem esse non potest, nisi unus affirmet alter neget. Denique qui ultro se hosti dedit, certare velle dici non potest: Itaque nihil hic restat, quam ut judex confitentem solvere jubeat, & ad id terminum statuat, ut, bene *Salic. in d. l. un. C. de lit. cont. n. 10.* Dixi autem per confessionem simplicem: secus enim est, si confessio implicitam habeat vel præsumtive secuturam & reservatam contradictionem, veluti si confessus nihilominus ad ulteriora procedi postulet.

Objicitur hic nobis *d. l. 2. C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ad litis contestationem desideratur duntaxat narratio actoris & responsio rei: unde colligunt qualemcunque responsionem rei ad litem contestandam sufficere, sive ea in affirmando sive in negando consistat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat talem ibi intelligi a parte rei desiderari responsionem, qualem litis contestatio & contradictio exigit? Fallitur quoque *Gœdd. in l. litis. 36. ff. de verb. sign.* dum per objectionem exceptionis confessioni subjectam litis contestationem affirmative a reo fieri putat, veluti si dicat, fateor, sed pactus es, ne petas; talis enim objectio vi ipsa in se continet debiti & intentionis negationem: siquidem negatio aut affirmatio non ex verbis rei, sed ex intentione actoris in proposito æstimanda est. Quid quod nec per simplicem exceptionis objectionem videtur induci litis contestatio, per *C. 1. & 2. de lit. contest. in 6.* Nam utique lis omnis & omne certamen in contradictione consistit; nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit; quo-

quoniam utrumque verum esse potest, & quod actor intendit sibi deberi, & quod reus excipit, pactum intervenisse. Plane si actor hic non consistat, sed replicando se pactum esse neget, jam quidem lis certo contestata est, & quidem affirmante reo, actore negante: sed hic reus excipiendo & asserendo vices subit actoris, actor replicando & negando rei. *l.* 1. *ff. de except. l. in exceptionibus.* 19. *ff. de probat.* Sed & si reo excipiente actor porro in causa procedi postulet, satis eo ipso exceptioni rei contradicere videtur, & quod a reo dictum est, resolvitur in puram negationem: atque hactenus eorum sententia defendi potest, qui statuunt per objectionem exceptionis introduci litis contestationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis, quam vocant deficientis actionis statim induci litis contestationem: veluti si reus confiteatur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere neget, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cæterum talis allegatio proprie exceptio aut depulsio non est, sed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta: inter quam & simplicem inficiationem hoc tantum interest, quod simplex inficiatio nihil aperte in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in judicium deducitur, ac proinde a reo probanda est. *l.* 1. *C. de probat.* sed litis contestationem æque inducit, ac simplex illa & mera facti inficiatio, quia principaliter eo spectat, ut ostendatur vere negare reum actionem actori competere, in quo omnes interpretes conveniunt.

CAP. XVIII.

An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sitæ sit forum competens, an vero & locus domicilii rei?

INTER conditiones idonei judicis una est, ut sit competens. Competentem judicem sic generaliter definimus, cujus de ea re, qua de agitur, notio est, ac proinde apud quem quis agere vel conveniri debeat, sive cujus sit forum competens, hoc est, litigatorum proprium. Forum autem competens aut est ex partium consensu, & prorogatione jurisdictionis, aut ex sola juris auctoritate. De foro ex consensu partium sunt textus in *l.* 1. *& l.* 2. *ff. de judic. l. si convenerit.* 18. *ff. de jurisd.* Juris auctoritate & invitus quisque forum sortitur, tum ubi domicilium habet, tum ubi contracta est obligatio aut crimen commissum, tum ubi res sita est, de cujus possessione aut proprietate agitur. *l. heres.* 19. §. 1. §. 2. *& ult. ff. de judic. l.* 2. *C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poss. l. un. C. ubi de hered. l.* 1. *& l.* 2. *C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, si de ejus possessione aut proprietate agatur, subjicit possessorem jurisdictioni ejus judicis, in cujus territorio res sita est, quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit. *d. l. un. C. ubi de possess. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non tam personæ, quam rei ratio habetur: & ideo quoque superiorem eodem respectu inferioris jurisdictionem subire, & Academicum de re in loco studii sita conventum ad Rectorem revocare non posse plerique tradiderunt. *Monach. pr. jud. p.* 2. *c.* 6. *n.* 60. *Vult. ad l. un. C. in quib. ca. milit. for. præscr.* eademque ratione receptum est, ut ex hac causa etiam clericus coram judice seculari conveniri possit. *Gail.* 1. *obs.* 37. *n.* 4. *Mynsing.* 1. *observ.* 22.

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res sita est, sit etiam alius, ubi quis de possessione aut proprietate recte conveniatur, nimirum locus domicilii. Et siquidem de possessione, aut proprietate recte conveniatur, nimirum locus domicilii. Et siquidem de possessione, ut de ea primum dicam, momentaneo processu, qui extraordinarius est, agatur, veluti in casu *l. si coloni.* 14. C. *de agric. & censit. lib.* 11. aut simili, vix crediderim locum esse alium, qui forum tribuat, quam rei sitæ, eo quod processus ille momentaneus ob id instituitur, ne partes ad arma deveniant, quod solet fieri in ipso loco, ubi res, de cujus possessione contenditur, sita est, & ne fiat solius judicis, in cujus territorio sita est, interest. At vero si ordinario processu de possessione agatur, probarem communem Doctorum sententiam existimantium etiam alibi quam in loco, ubi res sunt sitæ, de possessione agi posse, & nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium, idque reo etiam invito, ut actori facultas sit eligendi utro loco reum convenire volet, quanquam actualem possessionem nemo nancisci nisi in loco rei sitæ potest. *l.* 1. §. *pen. ff. de acq. her. l. un. pr.* C. *ubi de hered. ag.* adde quæ *Groenew. tract. de leg. abrog. ad tit.* C. *ubi de poss.* Atque hæc sententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens, & actorem sequi forum rei, quacunque actione agatur, ut diserte rescriptum est in *l. ult.* C. *ubi in rem act.* id autem semper habet reus in loco domicilii. Unus fere Donellus *lib.* 17. *comm. c.* 17. ab hac sententia recessit contendens non solum de possessione in loco ubi res est, agi posse, sed etiam ibi agi debere, si reus ibi secum agi postulet: solum hunc locum necessitati subjiciens; locum autem domicilii relinquens, non ut interpretes communiter, arbitrio actoris, sed rei. *arg. l. un.* C. *ubi de poss.* Sed ad istam legem bene respondetur vulgo, loqui eam duntaxat de foro proprio & speciali; ac proinde per istum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo scilicet, quisque conveniri potest quacunque ex causa, quale tribuit locus domicilii. *l.* 2. C. *de jurisd. l. ult.* C. *ubi in rem act.* Sic in *l. un.* C. *ubi fideic. pet.* dicitur fideicommissum ibi petendum esse, ubi hereditas relicta est, non quod alio loco peti non possit: sed quia eo loco conventus agenti præscribere non potest. *l. si fideicommissum.* 50. §. *ult. cum l. seq. ff. de judic.* Objicit Donellus & difficultatem quandam, atque incommodum quod circa executionem sententia lata ab alio judice, quam cujus in territorio res sitæ sunt, parit: quam eandem difficultatem movet & in articulo sequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam respondebimus.

In controversiis quoque de proprietate sive actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum proprietate lis est, constitutæ sunt, quamvis possessor ibi domicilium non habet. *l. ult.* C. *ubi in rem act.* Est autem & hic constans fere omnium interpretum sententia, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro omnium actionum communi, vel in loco, ubi res de quibus contenditur, constitutæ sunt, per text. express. in *d. l. un.* C. *ubi in rem. act. l. un.* C. *ubi de her. ag. Fac. l.* 10. *cum l. seq. ff. de rei vind.* Sed hic item Donellus, ut nunc loqui amant, singularis est, asserens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum ei, locum scilicet ubi sitæ sunt; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Dictum autem textum in *l. ult.* C. *ubi in rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non simpliciter permittunt actionem in rem moveri,

veri, ubi res constituta est, sed moveri jubent, quasi verbis istis necessitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum juberent Imperatores, recte argumentaretur Donellus: sed cum vel ipso fatente duo jubeant, primum actorem rei forum sequi debere, quacunque actione experiatur sive in rem sive in personam, atque per hoc forum eodem quoque fatente non aliud intelligi possit, quam quod reus sortitur ex loco domicilii sui. Deinde si in rem agatur, etiam ibi ubi res constituta est, agi jubeant. *vers. sed & in locis. d. l. ult.* quis non videt duo diversa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum possessor sortiatur, locum domicilii, quasi forum commune actionum omnium, & locum rei sitæ, ut forum actionum in rem proprium? Præcipuum autem opinionis suæ fundamentnm ponit Donellus in *l. quod legatur. 38. ff. de judic.* & sane aperte Jurisconsultus illic ait, si per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res est: sed non dubito, quin id speciale sit in re legata, eo quod legatario sufficere debeat, si heres, a quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est offerat solutionem, de qua etiam & ipsa rei legatæ præstatione præcipue Jurisconsultus tractat: ut proinde non male responderi posse videatur, id quod Jurisconsultus ait, *etiam ibi peti debet, ubi res est*, vim & effectum solutionis respicere: quia si alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res est, eam solvere potest. Quanquam alii aliter. *Accurs. in d. l. 38. Duar. ad tit. de judic. c. de for. comp. Hotom. lib. 3. obs. 7.* Fuse *Vultej. ad. l. un. C. ubi fideic. pet.*

Quæ porro hic incommoda Donellus objicit, nimirum facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem, quæ alibi sita sit, restituere, ut nova lite pro rei executione opus sit, ea objectio non est magni momenti. Nam præterquam quod omnes magistatus inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, incommoda hæc non tam esse possessoris, cui etiam commodius esse solet in loco domicilii sui conveniri, quam petitoris, qui sibi imputare debet, quod maluit cum incommodo suo agere in loco domicilii possessoris, quam rei sitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in personam metui potest, in quibus & ipsis plerumque res aliqua præstanda venit, & quæ ob eandem causam & ipse in loco rei sitæ duntaxat intentari deberent. Postremo, quod apprime notandum, non est ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit. *l. ejus rei. 46. & l. seq. ff. de rei vind. l. 5. l. tutor. 8. ff. de in lit. jur.* quamvis id moribus Galliæ & nostris vix observetur. *Zypæ. in not. jur. Belg. de jurejur.*

CAP. XIX.

An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hereditatis?

TESTAMENTUM inofficiosum est, in quo liberi aut parentes, aut fratres & sorores contra officium pietatis vel exheredati sunt immerito, vel immerito præteriti; modo testamentum jure consistat, & nec his debita legibus portio relicta sit. Quod testamentum ut inofficiosum accusare possunt, & postulare, ut id tanquam

tale rescindatur, qui inique se exheredatos aut præteritos queruntur, hoc colore quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit. *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *l. Titia.* 13. *ff. de inoff. testam. & pr. Inst. eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerit. *l. qui repudiantis.* 17. §. 1. *ff. eod.* qui color hic quæsitus fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabularum, quæ liberam undiquaque testandi potestatem patrifam. concedit. *l. verbis.* 120. *ff. de verb. sign. pr. Inst. de leg. Falc.* Pro eodem autem dicunt veteres, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum; quæ legentibus passim in titt. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine crebrius hoc judicium designatur, quam querelæ. Quid ergo, estne querela & ipsa actio? Sane est, licet plerique statuant non esse, sed remedium aliquod ab actione separatum, sive implorationem tantum officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hereditas vindicari queat. Sed non est quod dubitemus affirmare, quod tot locis scriptum est, querelam ipsam actionem seu petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hereditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hereditatem petere. *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *ff. de inoff. testam.* Scævola petitionem hereditatis exercere. *l. qui de inofficioso.* 20. *ff. eod.* Paulus in *l. eum qui.* 21. §. 2. *ff. eod.* ait per querelam inofficiosi evinci hereditatem. Ulpianus vindicari facultates. *l. si instituta.* 27. §. 3. *eod.* Triphoninus filium exheredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hereditatis. *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Imperatores Severus & Antoninus ex causa inofficiosi testamenti hereditatem peti. *l.* 3. *C. de petit. hered.* Justinianus hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui. *l. si quis filium.* 34. *C. de inoff. testam.* Atque hinc est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia. *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *pr. ff. eod. l.* 2. *C. eod.* hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex causa inofficiosi hereditatem petit, heres esse videatur: quanquam in suis heredibus hæc possessio non est necessaria, uti nec aditio. *d. l.* 7. *junct. l. in suis.* 14. *ff. de suis & legit.* de quo consule *Vigl. ad rubr. &* §. 1. *Inst. de inoff. testam. Duar. c.* 8. *ad eund. tit. Govean. lib.* 1. *var. lect. c.* 1. Quamobrem si quis a me petat, utut quid sit querela inofficiosi testamenti obiter definiam, dicam esse speciem petitionis hereditatis, qua & testamentum rescindi postulatur, & simul vindicatur hereditas, tanquam ab intestato delata cum *Duar. d. loc. c.* 10. *Vigl. ad d. rubr. n.* 6. *Donel.* 19. *comm.* 3. *Vaud.* 2. *var. quæst.* 24.

Communis vero Interpretum nostrorum schola existimat, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium universale seu petitionem hereditatis; sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis: atque ita duo hic esse judicia, quorum alterum scilicet querela, præcedat; alterum, petitio hereditatis sequatur, quod verum non est: siquidem ipse titulus inofficiosi causa est ex qua vindicatur hereditas. *l.* 3. *C. de petit. hered.* neque duo hic judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hereditas, sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur. De quod disseruimus *c.* 10. Equidem fateor, querelam in multis differre a petitione hereditatis simplici, de qua agitur *tit. de petit. hered.* sed ex eo non sequitur, per eam non peti hereditatem, aut eam speciem petitionis hereditatis non esse. Proferuntur autem duo potissimum argumenta, quibus effici videtur querelam inofficiosi testamenti, petitionem hereditatis

non

non esse: quæ qualia sint, videamus. Primum tale est; Petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui cum heres non sit, pro herede prove possessore possidet, nunquam adversus heredem, eumve, qui pro herede est, bonorum puta possessorem aut fideicommissarium. *l. 9. & seqq. ff. de hered. petit.* At querela datur adversus heredem scriptum, contra fideicommissarium, cui restituta est hereditas. *l. 1. C. de inoff. testam.* contra præteritum, qui accepit bonorum possessionem contra tabulas. *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso heredem, heredem non esse, utique cum eo agi non tanquam cum herede, sed tanquam qui heres non sit, utpote scriptum ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur. *l. qui repudiavit. 17. ff. de inoff. testam.* & proinde eum teneri, quasi pro herede aut pro possessore possideret, ut diserte ab Imperatoribus Severo & Antonino responsum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hereditas. *l. 7. C. eod. tit.*

Alterum argumentum est hujusmodi: Omnis petitio hereditatis aut est ex testamento, aut ex causa intestati. *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* Querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi sunt: non ab intestato, quia quamdiu testamentum exstat, & ex eo adiri hereditas potest, causæ intestati non est locus. *l. quamdiu. 39. ff. de acq. hered.* Sed quid hic respondendum sit, patet ex responsione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficiosi esse petitionem quandam hereditatis delatæ tanquam ab intestato: quia prætenditur color dementiæ testatoris, qui ob id testamenri faciendi jus non habuerit: uti & revera si judex testamentum inofficiosum esse pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus omnia perinde habentur, ac si hereditas nunquam adita fuisset. *l. 6. §. 1. l. eum qui. 21. §. 2. ff. de inoff. test.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam actionem esse, & nimirum speciem quandam petitionis hereditatis, qua vindicatur hereditas tanquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti. Atque cum hac sententia fere vi ipsa convenit, quod Joan. Fab. & alii ad *pr. Inst. d. tit.* notant, posse querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, posse & per modum contradictionis seu per exceptionem, querelam induci, veluti si exheredatus sit in possessione hereditatis, & heres scriptus hereditatem petat. *l. 8. §. si filius. 13. ff. eod. tit.* adeoque & liberum esse exheredato simplici petitione hereditatis experiri, atque ita querelam inducere per modum replicationis. *Paul. lib. 4. sent. tit. 5. & ibi Cujac.* Illud non est magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex causa peculii profectitii aut adventitii filio competens, patri detur etiam filio invito. *l. 8. §. 3. C. de bon. quæ lib.* querelam autem pater filii nomine instituere non possit. *l. 8. pr. ff. de inoff. testam.* colligunt, querelam non esse actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris est ratio, quia querela non competit, nisi filius cujus solius injuria est, *d. l. 8. in pr.* ostendat sibi displicere factum parentis, a quo exheredatus est, & ideo invito filio, non magis pater queri potest, quam invitum cogere, ut hereditatem adeat. Adde quod querela remedium est extraordinarium, & quodammodo odiosum: ac proinde tale quod personæ exheredati cohæreat. *Duar. c. 8. ad tit. de inoff. test.*

CAP.

CAP. XX.

An in querela inofficioſi locus ſit edicto ſucceſſorio?

EDICTUM ſucceſſorium eſt, cum liberis, qui primo loco ad ſucceſſionem vocantur, repudiantibus, admittuntur legitimi, & rurſus his repudiantibus cognati: item cum repudiante proximiore agnato vel cognato admittitur ſequens. *l. 1. §. quibus. 10. & §. ſeq. ff. de ſucceſſ. edict.* Eſt autem huic edicto locus in bonorum poſſeſſione deferenda, ubi tabulæ teſtamenti nullæ extant, & ab inteſtato defertur hereditas, de quo *d. tit. de ſucceſſ. edict.* & præcipue *d. l. 1. §. 10. & 11. & l. 1. & l. 2. C. eod.* Quæritur autem, an huic edicto ſucceſſorio etiam locus ſit in querela inofficioſi teſtamenti, hoc eſt, an ſi is, qui prior admittitur ad accuſandum, nolit aut non poſſit accuſare, ſequens admittatur. Et placuit admitti, ut ſucceſſioni ſit locus, teſte Paulo in *l. pen. pr. ff. de inoff. teſt.* & talis caſus eſt, qui deciditur in *l. neptem. 7. C. eod. tit.* Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui ſi eos nemo ordine aut gradu præceſſiſſet, ſtatim citra ullum edictum ſucceſſorium querelam movere potuiſſent, ſi videlicet exheredati fuiſſent aut præteriti, nemine eos præcedente in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato. Igitur hi præterito exheredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victove, admittuntur ad accuſationem ordine ſucceſſorio ex propria ſua perſona, proprioque jure ſuo. Exemplum habemus in *l. pater. 14. ff. eod. tit.* ubi proponitur caſus hujuſmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in poteſtate retinuit. Emancipatus ſuſcepto poſtea filio, utroque filio exheredato, patre præterito deceſſit. Hic ordo poſtulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod ſi illi non querantur, vel queſti in judicio ſuccumbant, ſuccedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in ſuſpenſo erat impletur. In hoc enim & ſimilibus caſibus, qui præcedebant obſtabantque, ne ſequens ordo aut gradus ad accuſationem admitteretur, jam pro mortuis habentur: & paria habentur non extare, & extare quidem, ſed queri amplius non poſſe. Non obſtat quod heres ſcriptus jam ſententia judicis declaratus ſit heres: nam id verum quidem eſt ratione primi accuſantis: ſed ſententia illa inter alios ut non facit. *l. ſæpe conſtitutum. 63. ff. de re jud. & tot. tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* Sed nec illud obſtat, quod nepos in querela contra patris teſtamentum præfertur avo, ejuſque cauſa potior eſt: unde dicendum videatur, ſi ſcriptus a patre heres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam: Si vinco vincentem te, multo magis vinco te. Etenim non eadem hic eſt vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior eſt avo ſuo defuncti patre in eo, quod in ſucceſſione ab inteſtato prior eſt cauſa liberorum. At filio judicio victus eſt, quia juſte exheredatus judici viſus: quem oportet non minus bene merita avi perpendere, quam delicta & male merita nepotis, quæ avo nocere æquum non eſt. *arg. l. 3. §. ſi emancipatus. 5. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Similiter, & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam & ſi. 15. pr. ff. de inoff. teſt. l. 7. §. 1. ff. unde lib.* ſi filius a patre exheredatus querelam repudiaverit, aut ea inſtituta judicio victus ſit, aut quo modo agere non poſſit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria ſua perſona. *l. pen. pr. ff. de inoff. teſt. d. l. 3. §. emancipatus. 5. in fin. ff. de bon. poſſ. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui ſui vel. al. jur.* nec hic ſpectari debet, an jam nata fuerit querela filio, an vero ante

que-

querelam delatam decesserit: quoniam nepos non ex ea succedit quæ filio delata est, sed ex persona propria: eodem plane modo, quo filio deficiente vel repudiante ex successorio edicto ad bonorum possessionem unde liberi admittitur nepos. *l.* 1. §. *quibus.* 10. *ff. de success. edicto.*

Cæterum non caret hæc postrema species omni scrupulo. Objicitur primum *l. si quis postumo.* 9. §. 2. *ff. de lib. & post. her. inst.* ubi Paulus scribit, si filium exheredavero, nepotemque ex eo præteriero & extraneum heredem scripsero, & filius post mortem meam licet ante aditam hereditatem decesserit, nepotem succedendo non rupturum testamentum, & ita Julianum, Pomponium & Marcellum respondisse. Idemque in nepote postumo præterito & filio exheredato juris esse Ulpianus auctor est, nempe hunc nepotem filio post mortem patris deliberante herede instituto de adeunda hereditate defuncto, testamentum avi agnascendo non rumpere. *l. 6 pr. ff. de injust. rupt. irr. test.* Itaque hic filius exheredatus obstat nepoti præterito: & obstat, ut Papinianus ait, jure testati, quamvis nihil obstet jure intestati, id est, quominus hic nepos scripto herede repudiante atque ita testamento destituto ab intestato suus heres avo existat. *l. scripto.* 7. *ff. unde liberi. d. l.* 6. *pr. vers. plane si. ff. de injust. rupt. l.* 1. §. *sciendum.* 8. *ff. de suis & legit. her.* §. *cum autem.* 7. *& seq. Inst. de her. quæ ab intest.* Respondeo, obstat filius nepoti in casibus supra memoratis, ne nepos præteritione sui rumpat testamentum avi, id est, ne nepos agnascendo aut quasi agnascendo ipso jure testamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio suo herede a patre exheredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et sic etiam nepos ex filio emancipato eoque exheredato natus ob sui præteritionem non admittitur jure prætorio ad bonorum possessionem contra tabulas. *l.* 4. §. 1. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exheredatus est, satisfactum est, valetque ipso jure testamentum, etsi nepos præteritus sit: nec scripto herede adeunte potest nepos in locum sui heredis succedere, ex capite secundo legis Vellejæ; quoniam mortis tempore eum filius præcessit. *l. Gallus.* 29. §. *sequenti.* 13. *ff. de lib. & post. l. si quis filium.* 34. *C. de inoff. test.* nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti: quia præteritio nepotis hoc casu pro exheredatione est, & prætor exheredatos non agnoscit, *d. l.* 4. §. 1. *junct. l.* 8. *pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non potest: quippe hic admittitur nepos ex edicto successorio, quoniam ipse immerito præteritus est; quo casu testamentum quidem valet, quia præteritio ista vice exheredationis est: cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adversus testamentum ipso jure validum: & licet per exheredationem filii satisfiat formæ & solennitati internæ, quæ jure civili ad sustinendum testamentum sufficit, non tamen satisfit juri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc contraria sunt, testamentum non rumpi, & tamen adversus id, ut inofficiosum, dari querelam: ut enim querela competat, necesse est testamentum non rumpi. §. 2. *Inst. de inoff. test.* Facilius vero querela datur, quam testamentum rumpitur: ratio est, quia rupti testamenti jus statim vitiatur, nec ex eo locus unquam patet scriptis heredibus. At potest querela competere, ut tamen nihilomagis testamentum rescindatur.

Secundo objicitur *l. si quis filium.* 34. *C. de inoff. test.* quo loco Justinianus ait, nepotem olim, ubi filius exheredatus non præparata querela decessisset, omne adjuto-

reum dereliquisse, cum tamen sententiam nostram ex jure veteri defendamus: Justinianus autem diserte jus vetus corrigit, primusque constituit, ut filius querelam etiam non præparatam transmittat ad nepotem, ut nepos in hac causa a vetustate neglectus, a suo, inquit, vigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor casus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, nepotem a querela removet juri antiquo convenienter. 1. Si probet heres scriptus filium exheredatum ingratum fuisse. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta sit; tunc enim nepotem vult agere ad supplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præscriptum sit. Ergo jure veteri secus se hæc res habuit, filioque non præparata querela mortuo nepos sine exceptione exclusus fuit. Respondemus, Justinianum eo loco non agere de nepote ex propria persona accusare volente, sed loqui de transmissione querelæ, id est, eo casu, quo nepos ex persona patris sui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor istæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria sua persona accusare cupit ex edicto successorio; quod & olim nepoti licuisse dicimus, & nunc etiam licere, nec ei obesse ingratitudinem patris, nec ejusdem repudiationem, aut ejus quinquennale silentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex persona patris agere ob transmissam ad se querelam ex *d. l. si quis filium. C. de inoff. testam.* quod & interdum ipsi utilius esse potest, puta si nepos ex justa causa sit præteritus, pater autem immerito exheredatus: vel ex persona sua, si melius faciliusque de sua, quam patris pietate docere possit. Atque ita fere post *Azonem, Bartolum, Dyn. Castrensem, Costalius, & Anton. Rubeus*, ad *l. pater. 14. ff. eod. tit.* Donell. 19. *comm. 7. & ibid. in not. Osvvald. Hillig.* Dissentiunt Bachovius ad *Treutl. disp. de inoff. test. thes. 5. Timæus Faber disp. anniverſ. 19. thes. 4. Alciatus lib. 4. paradox. c. 16.* fluctuat, ut & alii fere. Gomesius. 1. *var. resol. 11. n. 21.* hanc quæstionem altam & subtilem vocat, licet & ipse dissentiat, victus iis objectionibus, quas nos videmur prorsus removisse.

CAP. XXI.

An liberi juste exheredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an cæteris partem faciant?

QUÆSTIONIS hujus sensus est, an liberi justa ex causa exheredati re ipsa adhuc inter liberos numerentur, perindeque habeantur, ac si partem suam accepissent, ad eum nimirum effectum, ut cæterorum legitima minuatur, & tanta nec major sit, quam quanta fuisset nemine exheredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæstio non minus, quam illa superior & proxime præcedens, alta, profunda & difficilis, de qua consultus Raphaël Cumanus non habuit, quod responderet, teste Jasone in *auth. novissima. C. de inoff. test.*

Dynus & Salicetus in *d. auth. novissima.* putant eum, qui juste exheredatus est, non connumerari, id est, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur secundum hanc sententiam, si pater unum ex duobus filiis merito exheredaverit, alteri exheredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non sescuncia; hodie triens, non sextans. Bartolus in *l. pater filium. 14. ff. de inoff. test.* contra putat eum, qui juste exheredatus est, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ

legitimæ partem aliis facere. Proinde ex Bartoli ſententia, ſi pater ex duobus filiis alterum juſte exheredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta eſt, habebit duntaxat ſeſcunciam, hodie ſextantem, per *l.* 8. *§. quoniam autem.* 8. *ff. de inoff. teſtam.* Alii putant melius eſſe ſi media hic via ineatur, ut quantitas legitimæ ſtatuatur ex facti contingentia. Et quidem ſi exheredatus repudiaverit querelam, aut eam inſtituerit quidem, ſed judicio victus ſuccubuerit, magis eſſe ut hoc caſu partem non faciat, ſed pars ejus accreſcat fratri in legitima inſtituto, per *l. filio.* 16. *pr. ff. eod.* quippe hunc demum juſte exheredatum dici, qui non poteſt amplius cum ſucceſſu queri, & ad eum proprie quæſtionem propoſitam pertinere, propterea quod hujuſmodi exheredati pro mortuis habentur. per *l. qui repudiantis. in fin.* 17. *ff. de inoff. teſt. l.* 1. *§. ſed & ſi.* 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib. l. ſi poſt.* 10. *§. liberi.* 4. *& §. ſeq. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* & ſic procedere ſententiam Dyni & Saliceti. Cæterum ſi exheredatus nec repudiaverit querelam, nec poſt eam motam victus ſit, hoc caſu, quia nondum apparet, utrum partem aliquam ſit accepturus, nec ne, interim partem eum facere, argumento ducto a contrario ſenſu ex *d. l. qui repudiantis. & l. ſi ponas.* 23. *§. ult. de inoff. teſt.* atque hoc modo defendi poſſe opinionem Bartoli.

Pendet autem deciſio hujus tam arduæ quæſtionis ex alia huic affini & tantum non eadem: nimirum an & quando in querela inofficioſi locus ſit juri accreſcendi? quam ob cauſam e re erit de ea prius cognoſcere, quam quid certi definiamus de propoſita. Et quidem ſi quis cum duos haberet filios, utrumque exheredavit, & utrique legitimam reliquit, hoc caſu fruſtra diſputatur de jure accreſcendi aut parte facienda: quoniam neuter vel inofficioſum teſtamentum dicere poteſt, vel ad ſupplementum agere. Sed ponamus caſum diverſum. Pater duos habens filios utrumque exheredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc caſu cum uterque queri poſſit, ſi unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum ſemiſſem hereditatis petere debeat; ita tamen ut ſi alter poſtea accuſare nolit, aut tempore excluſus ſit; pars ejus accreſcat ei, qui egit & obtinuit. *l. filio.* 16. *l. ſi ponas.* 23. *§. ult. ff. de inoff. teſt.* & de hoc eodem caſu agit Paulus in *l. qui repudiantis.* 17. *ff. eod.* ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod ſi tamen alteruter, in ſolidum egerit, antequam alter querelam repudiaſſet, & caſu aliquo obtinuerit, puta quod ſcriptus heres eum non repellebat, alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit. arg. *l.* 6. *§.* 1. *ff. eodem.* Ponamus rurſus alium caſum. Pater e duobus filiis exheredatis alteri duntaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita ſatisfecit primo, non autem ſecundo. Secundus non queritur, ſed primus, & dicit ſibi non eſſe relictam integram legitimam: cum enim ſecundus, qui ſolus queri poteſt, non queratur, ait ſibi quaſi nunc ſoli filio deberi quartam omnium bonorum, non ſeſcunciam aut quartam ſemiſſis. Hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta eſt, neque querelam movere poteſt, neque ex conſtitutione Juſtiniani ad ſupplementum agere. Ratio eſt, quia factum illud patris legitimam ſecundo exheredato non relinquentis non debet prodeſſe primo, qui portionem debitam habet. Et hoc caſu exheredatus alteri partem facit; quia ſcilicet neceſſe eſt eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluſo, per quam ſolam ad hereditatem poterat pervenire, accreſcere non poſſit, & hic eſt caſus, qui tractatur in *l.* 8. *§. quoniam.* 8.

ff. de inoff. testam. Quod si exemplum ad jus *τῶν νεκρῶν*, accommodare velimus, ponendus casus, quo pater extraneo herede scripto unum ex filiis in legitima instituit, alterum exheredavit & sic porro. Atque hæc quidem ita procedere fatentur, qui mediam, quam dixi, sententiam sequuntur, si secundus, qui legitimam non accepit, taceat & querelam, quam movere potest, non instituat. At secus esse existimant, si secundus repudiaverit querelam, aut in ea victus sit, aut præscriptione quinquennali exclusus: tunc enim primo sescuncem non sufficere ad legitimam, sed ei deberi quadrantem, aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non est, de inofficioso agere & totam hereditatem vindicare posse. *l. qui repudiantis.* 17. *l. si ponas.* 23. §. *ult. ff. de inoff. testam.* Ex constitutione autem Justiniani, quia utique partem legitimæ habet, superesse ei actionem ad supplementum. *l. omnimodo.* 30. *C. eod. tit.* Cur autem secundo repudiante querelam, aut ea quocunque modo amissa, primus jam recte de inofficioso agat, aut suppletionem petat, hanc esse rationem, quia secundus postquam queri posse desiit, pro mortuo habetur, per *d. l. qui repudiantis. in fin. pr. ff. eod. l.* 1. §. *sed & si.* 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* Sed male mea quidem sententia. Nam juri accrescendi locus dari non potest, nisi ab initio utrisque querela competierit. Si vero unus exheredatorum querela ab initio exclusus sit, eo quod legitima ei relicta, huic alter qui non queritur, partem facit non modo interim & quamdiu alter adhuc queri potest; sed etiam quando queri posse desiit. Sic enim Ulpiani hanc quæstionem decidentis in *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *ff. de inoff. test.* verba hæc, *an exheredatus partem faciat, qui non queritur, &c.?* accipienda sunt, nempe qui non queritur omnimodo, sive quia semel agere noluit, sive quia judicio victus aut tempore exclusus est. Omnino enim distinguendum est inter querelam, in qua locus est juri accrescendi, & legitimam relictam, in qua non item. V. C. qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exheredato, sed uni 125. nomine legitimæ relictis decessit, quæ quarta pars est portionis ab intestato huic uni debitæ. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta esset quocunque titulo, querela excluderetur; si vero vel minimum deesset admitteretur, in quo utroque aliquid postea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioso potest, non queratur, an per hoc alter querelam nanciscetur, quam non esset habiturus priore querente? Sic visum mediæ sententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam solus sit, nomine legitimæ jam illi debeantur 250. sed contra deciditur in *d. l.* 8. §. *quoniam.* scilicet nihil amplius eum consecuturum, & per illa 125. quæ ipsi nomine legitimæ relicta sunt, querela excludi. At pone utrumque exheredatum & neutri quid legitimæ nomine relictum esse: hoc casu si unus non queratur exclusus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit, ac proinde alter, cui querela integra, testamentum in totum subvertit, atque ex asse ab intestato succedit.

Ex his jam opinor, apparet, quid statuendum sit de quæstione proposita, utrum is, qui juste exheredatus est, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta est, faciat, nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem aliis facere secundum sententiam Bartoli. Ratio solida, quia nulla hic est conjunctio; ac proinde nec jus accrescendi. Etenim rite & juste exheredatus nec ad hereditatem vocatur ex testamento, quippe quo exclusus est; neque ab intestato, quia ad successionem intestati venire non potest, nisi testamento per querelam everso: Sed

nec prætor exheredatione notatos ad bonorum possessionem contra tabulas invitat. *l. non putavit. 8. ff. cont. tab.* Adde quod cum adversus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis heredis esse debet, cujus esse pater voluit. Juri vero accrescendi tunc locus est quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec testator cavit. Hic autem testator voluit eam acquiri heredi instituto, per *l. si pactum. 9. ff. de probat. auth. hoc amplius. C. de fideicom.* ac justa est patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud est, si utrumque filium immerenter exheredavit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus ratione utriusque filii injusta est. Denique delictum unius non debet prodesse alteri. Non obstat, quod alicubi dicitur exheredatum pro mortuo haberi: id enim verum est, quantum attinet successionem ejus, a quo exheredatus est: cæterum non est trahendum extra terminos suos: nec argumentum ductum a bonorum possessione contra tabulas, in qua exheredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exheredati a contra tabulas bonorum possessione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere possunt. Sed nec quando unus de inofficioso queri potest, juste exheredatum ei partem facere dicimus, sed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioso agendi & legitimam hereditatem petendi habet. Ita recte post Bartolum Donellus *lib. 19. comm. c. 9. & Hilligerus in not. ibid. Bachov. ad Treutl. disp. de inoff. test. thes. 15.* atque hanc opinionem, ut saniorem, laudat *Pet. Greg. Tholosanus lib. 44. syntagm. c. 5. n. 8.* Diss. cum *Dyn. Salicet. Sichardus in d. auth. novissima. n. 27.* De filialibus statuto exclusis res minus dubia: quoniam cum filiæ extantibus masculis statuto in totum exclusæ, nullum jus succedendi aut querendi habeant, partem facere non possunt, sed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac si non essent: & intelligitur statutum voluisse cæterorum portionem augere. *Bachov. ubi supra.*

CAP. XXII.

Legitima sitne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?

AD neutram harum quæstionum simpliciter aut affirmando aut negando responderi potest. Nam ad priorem quod attinet, si ponamus filio juste exheredato legitimam esse relictam titulo singulari, tunc utique legitima non hereditatis, cujus nullam partem exheredatus obtinet, sed bonorum quota est, ut & quarta ex constitutione divi Pii. *l. 2. §. 1. ff. fam. ercisc. §. 3. Inst. de adopt.* Idemque dicendum est, si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adjuncto ei coherede simpliciter scripto vel ex parte assis, aut certis rebus contentus esse jussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exercere, neque a creditoribus hereditariis conveniri queat. *l. pen. C. de hered. instit. §. si quis. 9. Inst. de fideic. hered. l. si legatus. 30. §. multum interest. 3. ff. ad Senat. Treb.* At ex diverso si filius heres institutus sit vel in ipsa legitima, quæ olim erat quarta pars debitæ ab intestato portionis, hodie ejusdem portionis triens aut semis pro numero liberorum, *Nov. de trient. & semiss.* vel ex parte aliqua hereditatis, puta ex uncia, sextante, &c. hic ut filius revera heres est, ita & legitima erit quota hereditatis. Fieri enim non potest, quin ea pars, quam tanquam heres jure

jure hereditario habeo & titulo institutionis, sit pars hereditatis. Male igitur *Gail. 2. obs. 119. n. 12. & obs. 120. n. 2.* post Salicetum & alios in *l. scimus. 36. in fin. C. de inoffic. testam.* generaliter & simpliciter definit, legitimam esse quotam bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno. *l. 8. §. quarta. 9. ff. de inoff. testam.* & bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt. *l. subsignatum. 39. §. 1. ff. de verb. sign.* Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum, *§. ult. Inst. de leg. Falc.* cum tamen in confesso sit, quartam Falcidiæ esse partem hereditatis, atque in eam nihil aliud imputari, quam quod heres jure hereditario capit. *l. in quartam. 91. pr. ff. ad leg. Falc.* Antequam enim summa constituatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiri, quid in patrimonio & bonis defuncti sit habendum: siquidem ex eo filius legitimam, τὸ νόμιμον μέρος, heres quartam habere debet. Ex eo autem non sequitur, filium ex portione legitima institutum, eam portionem non habere jure hereditario aut tanquam partem hereditatis, ut nulla onera hereditaria sustineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæstionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen?

In hac quoque quæstione distinctio adhibenda est, & primum discernenda onera, quæ ex dispositione testatoris proficiscuntur ab iis, quæ exurgunt ex ipso jure hereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oriatur. *l. quoniam. 32. C. de inoff. testam.* Et ratio est, quia legitima non ex judicio testatoris, sed ex provisione legis debetur. cui consequens ut gravamen legitimæ impositum, pro non adjecto habeatur. *Fac. d. l. 32. & auth. novissima. C. eod. Gail. 2. obs. 119. n. 2.* Et igitur non poterit legitima gravari fideicommisso, vel alio substitutionis onere; in tantum, ut nec nuda ejus proprietas, liberis relinqui queat deducto usufructu. Cujus rei hæc ratio est, quia si usufructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præstatio contra *d. l. 32.* & mirum est dissentire Cæpollam *cautel. 21.* cum disertis verbis Justinianus constituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec sufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, sed necesse sit simul relinquere ipsum jus utendi fruendi, *Nov. 18. c. 3. auth. novissima C. de inoff. test.* Atque hoc modo accipiendum est, quod identidem inculcatur, legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen. *l. omnimodo. 30. d. l. quoniam. 32. d. l. scimus. 36. C. de inoff. test.* nempe non recipere ex voluntate aut dispositione testatoris. Neque hic refert jure hereditario legitima obtineatur, atque ut pars hereditatis, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipso jure hereditariæ portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent, quando ea obtinetur titulo institutionis; & jure hereditario, veluti cum filius ex ea aut parte aliqua assis institutus est: quamvis secus sit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio juste exheredato relicta est, aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto coherede indefinite, aut ex parte hereditatis scripto, ut supra diximus. Sed utique, quando filius, ut heres legitimam obtinet, consequens omnino est, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hereditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani potest ullum onus imponi ex dispositione testatoris, nec ea fideicommisso gravari potest; & tamen heres fiduciarius pro rata parte sustinet onus æris alieni, & pro quadrante a creditoribus hereditariis conveniri potest, *§. sed quia. 7. Inst. de fideic. hered.* Nullam autem ne-

que

que hic quarta ſenatuſconſulti, neque illic triens aut ſemis legitimus deminutionem patitur. Non obſtat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno. *l.* 8. *§. quarta.* 9. *ff. de inoff. teſtam.* Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur, quantum ſit in legitima, nihilque aliud eo ſignificatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut ſciri poſſit, quantum eo deducto legitimæ nomine debeatur, non quod filius heres in ea portione inſtitutus non teneatur pro rata, reſpondere creditoribus hereditariis. Sic in ineunda ratione quartæ Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni, *§. ult. Inſt. de leg. Falc.* non ob id, quod heres nomine æris alieni a creditoribus hereditariis conveniri nequeat; ſed tantum ut ſciatur, quantum teſtator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id ſolum habere intelligimur, quod deducto ære alieno ſupereſt. *l. ſubſignatum.* 39. *§.* 1. *ff. de verb. ſign.*

CAP. XXIII.

Petitio hereditatis an detur contra poſſidentem titulo ſingulari?

PETITIO hereditatis eſt actio in rem, qua hereditatem noſtram & per hereditatem res ſingulas hereditarias petimus ab eo, qui quid earum pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hereditatem, quam petit, ſuam eſſe intendit, utpote vel ex teſtamento vel ab inteſtato ſibi delatam, & ſibi ſive per ſe ſive per alios acquiſitam, *l.* 2. *l.* 3. *ff. de hered. petit.* eſſe hanc petitionem actionem in rem pleriſque locis diſerte traditum eſt. *l. ſed & ſi.* 25. *§. propen. ff. de her. petit. l.* 1. *l. ſin autem.* 27. *§.* 3. *ff. de rei vind. l.* 1. *§. ult. ff. ſi pars hered. petit.* Cæterum ita in rem eſt, ut tamen habeat præſtationes quaſdam perſonales. *d. l.* 25. *§. propen.* propter quas mixta perſonalis appellatur, & demum 30. annorum præſcriptione ſummovetur. *l.* 7. *C. de pet. her.* & inter bonæ fidei judicia numeratur. *§. actionum.* 28. *Inſt. de action.* licet cæteræ in rem ſint arbitrariæ. *§. præterea.* 31. *Inſt. eod.* Datur adverſus eum, qui quod hereditarium pro herede prove poſſeſſore poſſidet, dolove malo fecit, quominus poſſideret. *l.* 9. *l.* 13. *§. pen. l. ſed & ſi.* 25. *§. perinde.* 8. *ff. d. tit.* Pro herede poſſidere dicitur, qui putat ſe heredem eſſe. *l. pro herede.* 10. *ff. eod.* Pro poſſeſſore poſſidet tum prædo, qui nullam aliam cauſam affert, quam quod poſſideat. *d. l.* 10. *§.* 1. *&* 2. *ll. ſeqq. eod.* tum is, qui affert quidem aliquam, ſed injuſtam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro poſſeſſore hæret & adjunctus eſt, id eſt, omnes hi tituli recipiunt & in ſe habent titulum pro poſſeſſore, ut qui eos allegat, pro poſſeſſore poſſidere & hereditatis petitione teneri intelligatur. *l. nec ullam.* 13. *§.* 1. *ff. eod.* ubi obiter notandum, etſi omnis prædo pro poſſeſſore poſſideat, non omnem tamen, qui pro poſſeſſore poſſidet, prædonem haberi, veluti ſi titulum, licet inutilem, alleget. *d. l.* 13. *§. ſi quis.* 8. *ff. eod. add. Gœdd. ad l.* 109. *de verb. ſign. n.* 7. *& ſeq.* Quod ſi quis juſto aliquo titulo rem hereditariam poſſideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda eſt ſpeciali in rem actione, quæ ſimpliciter adverſus quemcunque poſſeſſorem datur. *l.* 7. *C. eod. tit. l.* 4. *C. in quib. ca. ceſſ. long. temp. præſcr.* Hanc autem diſſimilitudinem peperit diſſimile jus petitorum. Nam qui ſpeciali actione in rem agit, aut dominus eſt, aut jus affine dominio habet, cui ſemper æquum eſt rem reſtitui. Semper

per

per enim dominus plus juris habet in re ſua, quam quilibet etiam juſtiſſimus poſſeſſor. *l. 9. ff. de rei vind. l. 3. C. eod.* At qui heres eſt, non idem continuo & dominus rei hereditariæ. Quid enim ſi defuncto commodata ſit, aut apud eum depoſita. Equidem fieri poſſe non nego, ut heres idem ſit & dominus: ſed quia contra etiam fieri poteſt, ut is ſit dominus, qui rem pro emptore, pro donato, pro legato poſſidet, in pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet. *l. in pari. 128. ff. de de reg. jur. D D. in d. l. 9. Sichard. in l. 2. C. eod. Zaſ. parat. ff. eod. n. 7.* Sed enim hoc ipſo quod quis heres eſt, plus juris habet, quam is, qui pro herede poſſidet aut pro poſſeſſore, ſive cauſam ſuæ poſſeſſionis afferat, ſive non. Nec vero alios titulos poſſeſſio hereditatis admittit, cum nemo alius nominis juriſque hereditarii controverſiam faciat, niſi qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet. *d. l. 9. de hered. petit. l. 7. C. eodem. Cujac. 10. obſ. 1.*

Atque hoc quidem jus in directa petitione hereditatis perpetuum eſt. Utilis autem petitio hereditatis datur bonorum poſſeſſori, quæ vocatur poſſeſſoria hereditatis petitio: item fideicommiſſario, id eſt, ei cui ex ſenatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt hereditas, quæ fideicommiſſaria hereditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in *π*. Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum poſſeſſor non verus, id eſt, qui putat ſe bonorum poſſeſſorem eſſe, cum non ſit, *l. pro herede. 11. ff. eod. tit.* fideicommiſſarius, qui hereditatem a falſo herede accepit, *d. l. nec ullam. 13. §. ſed & ſi. 6. ff. eod. l. 1. C. de inoff. teſt.* item emptor, qui hereditatem aut partem univerſi juris emit a non vero herede. *d. l. 13. §. ſi quis. 8.* Sed ita demum emptorem conveniri placet, ſi aliter res petitori ſalva eſſe non poteſt, aut ſi non expediat petitori hereditatem a venditore peti, quem directa petitione teneri certum eſt. *d. l. 13. §. quid ſi quis. 4.*

Excutiamus jam, quod in quæſtione eſt, an petitione hereditatis teneatur, qui quid hereditarium poſſidet titulo ſingulari? Non una autem hic utendum diſtinctione. Poſſeſſor aut nullum titulum allegat, qui in ſpecie dicitur pro poſſeſſore poſſidere; aut allegat titulum, ſed univerſalem, ſcilicet pro herede: & uterque hac petitione tenetur: aut allegat titulum ſingularem, & hunc vel in univerſitate ſive hereditate aut parte hereditatis, & nonnullo caſu utili petitione hereditatis, ratione objecti ſic dicta, conveniri poteſt. *d. l. 13. §. quid ſi quis. 4. ff. l. 2. C. eod.* vel in re ſingulari, & hunc iterum vel provenientem ex actu inutili & jure invalido, veluti ſi quis rem ab uxore donatam pro donato ſe poſſidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere ſibi nupta, & tenetur tanquam poſſidens pro poſſeſſore. *d. l. 13. §. 1.* vel ex actu utili & jure valido, puta eo, quod ſe rem emiſſe, aut ſibi donatam legatamve eſſe, atque hiſce titulis ſe poſſidere affirmet: & non tenetur ſive bona ſive mala fide poſſideat. *l. 7. C. de petit. hered. l. 4. C. in quib. caſ. ceſſ. long. temp. præſcr.* Illud porro hic cavendum, ne confundamus poſſeſſorem rei ſingularis cum poſſeſſore titulo ſingulari: hic enim petitione hereditatis non tenetur, etiamſi, ut modo dixi, poſſideat mala fide, ſed res ab eo vindicanda eſt ſpeciali in rem actione: ille vero hac actione tenetur, tametſi bonam fidem habeat, ſeque heredem eſſe putet. Finge unam aliquam rem hereditariam & vel minimam pro herede ab aliquo poſſideri, is hac petitione tenetur non minus, quam ſi totam hereditatem ejuſve bonam partem eodem modo poſſideret. *l. 9. & l. ſeq. in pr.* Ratio eſt quod is, qui vel unam rem hereditariam pro herede tenet, poſſidet, totam hereditatem, & univerſi juris ſucceſſionem ſibi aſſerit, ut aſſerere poteſt. Ac proinde hic

hic etiam universalis actio institui debet, licet executio tantum fiat in re unica possessa. *Cacheran. decis.* 84. Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hereditas: at per consequentiam etiam singulæ res hereditariæ, ut in definitione expressum est. *l. 7. §. ult. ff. de except. rei judic.*

CAP. XXIV.

An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas?

DE qualitate impensarum, quæ in rem alienam fructuum quærendorum, aut colligendorum conservandorumve gratia factæ sunt, non est laborandum, cum hæ omnes citra ullam distinctionem ab omnibus possessoribus deducantur. *l. si a domino. 36. §. ult. ff. de hered. pet. l. 7. pr. ff. solut. matrim.* ubi hæc ratio a veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, nisi quod deductis impensis superest. Ubi vero in rem ipsam impensæ factæ proponuntur, hic illa tripertita impensarum distinctio constituenda est, quod aut necessariæ sunt, aut utiles, aut voluptuariæ: *l. 1. ff. de impens. in rem dot. fact. l. impensæ. 79. ff. de verb. sign.* quia non omnium in deductione eadem ratio. Necessariæ sunt, quæ si factæ non essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura. Utiles, quæ fructum quidem augent, sed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluptuariæ, quam speciem, τὸ εἶδος duntaxat ornant, sine ulla utilitate. *d. l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. l. 4. 5. 6. & 7. de impens. in rem dot. d. l. 79. per tot. de verb. sign.* ubi & exemplis hæ definitiones illustrantur. Necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam iis, qui mala fide possident. *l. plane. 38. pr. ff. de her. petit. l. 5. C. de rei vind.* quoniam hæc deductio non personæ possidentis, sed causæ tribuitur, ne scilicet petitor cum damno possessoris, (cui nulla hoc nomine culpa objici potest, quod rem alioqui perituram servavit) lucrum faciat. *d. l. 38. ff. de hered. petit.* Non obstat *l. 1. C. de infant. expos. l. ex argento. 13. ff. de cond. furt.* loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio propter continuationem furti non debet melior fieri. *l. inficiando. 67. §. 2. ff. de furt. Fachin. 1. controv. 54.* In utilibus autem servandis melior est conditio bonæ fidei possessoris, quam possessoris malæ fidei. Bonæ fidei possessor, qui in rem alienam utiles impensas fecit, v. c. in aliena area ædificium posuit, eas deducere, id est, servare potest per retentionem opposita doli mali exceptione, si dominus rem suam vindicet, non oblata restitutione pretii materiæ & impensarum. *l. sumptus. 48. ff. de rei vind. d. l. 38. ff. de hered. petit.* Et hoc est, quod Gajus in *l. 7. §. ex diverso. 12. ff. de acq. rer. dom.* & Justinianus *§. 30. Inst. de rer. divis.* ajunt, si in possessione, constituto ædificatore soli dominus petat ædificium, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior. *l. 14. ff. de condict. indeb. l. 1. ff. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, quo res facta est prætiosior. *l. in fundo. 38. ff. de rei vind.* & ita demum, si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant. *d. l. sumptus. 48. l. emptor. 65. ff. eod. tit.* Nam qui suum duntaxat recipere

vult, nihil dolo facit. *l. nihil dolo. 129. ff. de reg. jur.* nec ſtudet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impenſæ minuantur. Apparet autem ex *d. l. 38. ff. de rei vind.* jus hoc non eſſe perpetuum, ſed regulare duntaxat, atque pro varietate circumſtantiarum aliud atque aliud æquitate ſuadente ſtatui poſſe, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda boni judicis. Malæ vero fidei poſſeſſoris deterior in hoc genere impenſarum conditio eſt: quippe cui nulla eo nomine deductio conceſſa. *l. 5. C. de rei vind. l. Julianus. 37. in fin. ff. eod. l. 7. §. ex diverſo. 12. ff. de acq. rer. dom.* Ratio eſt, quia ſi is item ſimili exceptione ſe tueri velit adverſus dominum vindicantem, culpa ei objici poteſt, & a domino replicari, quod temere & ſciens ædificaverit in ſolo alieno, ac proinde tantum non ſua ipſius voluntate materiæ proprietatem amiſerit. *§. ex diverſo. 30. Inſt. de rer. divif.* æquum quidem eſſe, ut ſumptus per errorem facti retentione rei ſerventur. *l. fin autem. 27. §. ult. ff. de rei vind.* at qui improbe facti ſunt, reſtituendos non eſſe. *l. 5. C. de ædif. privat.* Enimvero ſi qua probabilis conjectura ſit, ob quam videri poſſit, licet ſciens, non tamen animo donandi hujuſmodi ſumptus feciſſe, aliud dixerim, per *l. 2. C. de rei vind.* veluti ſi ædificaverit in ſolo litigioſo: dicam id ſui juris poſſeſſioniſque tuendæ cauſa potius feciſſe, quam animo donandi. Quid igitur eſt, quod Paulus ſcribit in *d. l. 38. ff. de hered. petit.* etiam in perſona prædonis rationem haberi utilium impenſarum, ne petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Reſpondemus, Paulum non dicere prædonem etiam tales impenſas deducere, ſive per retentionem oppoſita doli mali exceptione ſervare poſſe; ſed hoc tantum in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum neceſſariarum & utilium: nempe hactenus, ut neceſſarias quidem deducat, quarum deductio poſſeſſoribus omnibus tributa. *l. 5. C. de rei vind.* utiles vero ſine læſione rei tollat: hoc enim ſolum ei permiſſum eſt. *d. l. 5. d. l. Julianus. in fin. de rei vind.* nec aliter tamen, quam ſi ſublato eo, quod poſuit, aliquid lucri laturus ſit, neque tantum ei offerat petitor. *d. l. 38. ff. eod.* Etenim cum ſtricto jure ne tollendarum quidem utilium impenſarum prædoni poteſtas ſit, recte dicitur in ejus quoque perſonam harum impenſarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate ei conceditur. Quod ſi petitor pro jure ſuo, *d. l. 38. ff. eod.* pati nolit, ut eas impenſas poſſeſſor tollat, hic jam & earum deducendarum poteſtas ei permittitur, ne, quod ait Juriſconſultus in *d. l. 38. ff. de hered. petit.* ex aliena jactura petitor lucrum ſentiat: quæ ratio in impenſis utilibus hoc demum caſu locum habet: non autem ſi paratus ſit petitor, ut tollantur. Voluptuariarum impenſarum, quatenus tales ſunt, nulla deductio eſt, ceſſante videlicet cauſa, quæ huic deductioni locum facit. Plane ſi probetur petitorem eaſdem impenſas facturum fuiſſe, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia, plus conſequuturum, *arg. d. l. 38. & l. 29. ff. de rei vind.* impenſæ, quæ per ſe voluptuariæ ſunt, naturam induunt utilium, & locus fit exceptioni doli ad eas ſervandas, ſi modo bonæ fidei poſſeſſor ſit, qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuiſſe eum in rem alienam ſupervacuas impenſas facere. Utique tamen qui per exceptionem ſervare has impenſas non poteſt, ei poteſtas eſt tollendi, quod ſine detrimento rei tolli poteſt, etiamſi malæ fidei poſſeſſor ſit, ut diſerte a Gajo reſponſum eſt *l. utiles. 39. §. 1. ff. de hered. petit.* idque contra juris apices ex humanitate conceſſum.

Hactenus nihil aliud audivimus, quam quod quædam impenſæ a quocunque poſſeſſore deduci, id eſt, poſita doli mali exceptione per retentionem rei ſervari poſſunt, nempe

nempe impensæ necessariæ, & a bonæ fidei possessore regulariter quoque utiles: voluptuariarum: qua talium, deductionem non esse, tolli tamen posse sine læsione prioris status rei. Huic autem deductioni seu rationi servandi impensas per exceptionem locus esse non potest, nisi is, qui impensas fecit, rem, in quam eas fecit, possideat, & ab eo dominus rem suam vindicet. Quid ergo si is qui sumptus fecit, domino possessionem tradiderit non deductis impensis, an non hoc casu actio aliqua ei jure prodita, qua ultro cum domino experiatur, & sumptus a se factos repetat? Nusquam certe id in libris juris nostri traditum est. Et quænam, quæso, huic actio accommodari posset salva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, & junxit alienum suis ædibus aut vineæ suæ. *l. 1. ff. de tign. junct. l. in rem. 23. §. pen. ff. de rei vind.* Sed nec actioni in factum secundum definitionem *d. l. 23. §. item quæcunque. 5. vers. ideoque.* hic locus esse potest: quomodo enim in factum actio adversus eum dabitur, cujus nullum factum intervenit? Si qua hic actio sub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum gestorum, aut condictio indebiti: sed neutra quoque harum competere potest. Non negotiorum gestorum: quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium non alienum gerit, qua ratione quoque ei denegatur repetitio. *l. 5. C. de rei vind.* & generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium sibi obligent. *l. 4. C. de negot. gest. l. in hoc. 14. §. 1. vers. diversum est. ff. comm. divid.* neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. cred.* Non condictio indebiti: nam ut differit Julianus in *l. si in area. 33. ff. de cond. indeb.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transfert: sed tantum quod suum est, dominus suo jure recipit. Et extat generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse. *l. ex quibus. 51. ff. de cond. indeb.* nec enim solus error solventis aut tradentis condictionem parit, nisi simul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus est ire per inductionem? De singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem: hæc verba sunt Juliani *l. si in area. 33. in fin. ff. de cond. indeb.* Paulus in *l. 14. ff. de except. dol. mal.* ait non posse eum, qui in alieno solo ædificavit, aliter sumptus consequi, quam si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet. Papinianus in *l. sumptus. 48. ff. de rei vindicat.* negat expresse sumptus in alienum prædium factos peti posse, nec si facti sint a bonæ fidei possessore; sed tantum exceptione doli opposita æquitatis ratione posse servari. Idem non obscure indicat Pompon. *l. 21. ad SC. Trebell.* in verb. *retentiones, quas solas habent.* quo loco pro *similem eum esse*, rescribe *non similem*, cum viris eminentibus Ant. Fabro, & Hugone Grotio in *spars. flor.* Hoc autem remedium cum non alii competere possit, quam possidenti, non licet nobis contra manifestam rationem juris & tot expressos locos, contra *l. 1. l. 9. l. ult. C. de legib.* aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet actione ad impensas ultro repetendas, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur: scilicet jure nostro facilius alicui actione ab alio instituta, exceptione opposita in eodem judicio succurritur, quam actio inducitur, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur, ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio natu-

ralis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit: nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumento sit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen paciscenti prodest. *l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & seqq. ff. de pact.* Et sic æquitas, quæ hic prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem satis roboris non habet: & est instar spiritus, qui attollendo solo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras in continente nasci Plinius scribit *lib. 2. nat. hist. c. 85. & seq.*

Non desunt tamen hic dubitandi causæ, & primum hic nobis objici potest regula generalis ex *l. 1. ff. de cond. sin. caus. l. si & me. 32. ff. de reb. cred. l. nam hoc. 14. ff. de cond. indeb. l. id quod nostrum. 10. ff. de reg. jur.* nempe rem meam, quæ ad te pervenit sine facto meo, sine causa, reddi mihi oportere. Respondeo, nec sine facto meo, hic rem ad alium pervenisse, quia ædificavi in alieno; nec sine culpa, quia aut temere id feci, si non bona fide possedi, aut negligenter, si possessionem tradidi aut amisi; nec sine causa apud alium esse; quia quod beneficio rei suæ, & jure accessionis cuique acquiritur, id justa ex causa quæsitum censetur. *l. in rem. 23. §. 3. & 4. ff. de rei vind. l. 7. §. voluntas. 8. & seqq. ff. de acq. rer. dom.* Denique potest bon. fid. possessor fructus perceptos ante litem contestatam & adhuc extantes compensare cum expensis. *l. sumptus. 48. ff. de rei vind.*

Secundo obstare videtur *l. 5. C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessori datur impensarum saltem necessariarum repetitio. Respondeo, ex eo, quod dicitur impensarum esse repetitio, non continuo sequitur eo nomine etiam actionem esse: sufficit enim esse repetitionem suo modo, videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione. *l. 1. ff. de except. l. amplius. 15. ff. rat. rem hab.* neque aliter in *d. l. 5. C. de rei vind.* hoc verbum accipi potest: quoniam ibi agitur de ædificatore constituto in possessione.

Tertio putat D. Cujacius *lib. 10. obs. 4.* posse non possidentem, saltem eum, qui per errorem non deductis sumptibus rem restituit, possessionem repetere condictione incerti; atque ita adhuc contra agentem opposita doli exceptione sumptus servare, *arg. l. si uxor filio. 19. §. 1. ff. de donat. int. vir. & ux. l. qui except. 40. §. 1. de cond. indeb. l. heres. 21. ff. ad senat. Trebell.* Hoc commentus est vir doctissimus, cum non videret, ut ingenue fatetur, qua ratione sumptus in prædium alienum a possessore facti jure actionis repeti possint, & tamen putaret remedio aliquo etiam in hoc casu ei consulendum. Ego vero contra ingenue quoque profiteor, me non posse videre, quid loci isti pro hac Cujacii sententia faciant. Nam in *d. l. si uxor filio.* ne γρῦ quidem de impensis in rem alienam factis, & *d. l. heres.* tantum abest, ut Cujacii sententiam juvet, ut etiam ei adversetur, sicut supra ostensum est. *add. Ant. Fabrum decad. 26. err. 10.* Denique aliena plane est ab hac disputatione *d. l. qui exceptionem. §. 1.* & si quæ forte similes. Multum enim interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi, impensas faciat, de quo loquitur *d. l. qui exceptionem. §. 1.* (loquitur enim de herede fiduciario, qui domum, quam ex fideicommisso debebat restituere, sua impensa refecit.) an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic a nobis propositus est per textus in *l. 14. §. 1. ff. comm. divid. l. 5. C. de rei vind. l. 4. C. de negot. gest.*

Postremo Martinus Glossator, eumque secutus Johannes Gœddæus in *l. impensæ. 79. ff. de*

de verb. sign. objiciunt verissimæ huic sententiæ *l.* 6. §. 3. *ff. de neg. gest. l.* 8. *ff. de pign. act. l.* 7. §. *ult. ff. sol. matrim.* ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in proposito non possidenti dandam: sed frustra. Nam in *d. l.* 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumque sibi obligandi animo accessit, licet eo proposito, ut lucrum inde faceret, & res quasdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui sumptus fecerunt in rem, quam ex contractu & a domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum impensas in eam factas consequi posse. Ita post *Cyn. Salic. Castrensem in d. l.* 5. *C. de rei vind. Don.* 20. *comm.* 7. *Ant. Fab. dec.* 26. *err.* 9. *& seq.* Cæterum Martini sententiam æquitatis commendatione nunc in foro prævalere testantur Molinæus *ad consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *n.* 104. *Zypæ. notit. jur. Belg. de rei vind. Groenew. de leg. abrog. ad* §. 30. *Inst. de rer. div.* & plures eodem loco allegati.

CAP. XXV.

An bonæ fidei possessor fructus omnes tam naturales, quam industriales percipiendo suos faciat?

ETIAM tritas & vulgares quæstiones incudi reddere prohibitum non est: & aliquando expedit, propter inventa temporis & usus. Cujusmodi quæstiones duas in præsentia tractare visum est, unam hoc capite, an bonæ fidei possessor indistincte fructus omnes, quos percepit, suos faciat? alteram capite proxime sequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem suam vindicanti restituere debeat?

Si quis a non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Ita Justinianus in §. 35. *Inst. de rer. divis.* convenienter sententiæ veterum. *l. qui scit.* 25. §. 1. *l. in pecudum.* 28. *ff. de usur. l. bonæ fidei.* 48. *ff. de acq. rer. dom. cum simil.* Quod de fundo ait, idem est & in re quavis alia fructum producente. Res igitur, quæ hic perceptione acquiritur sunt fructus, id est, id omne, quod ex re nascitur, sive quod res fert. Persona acquirentis est bonæ fidei possessor, id est, qui rem animo dominantis tenet, & justam causam habet, ob quam existimet rem ad se pertinere, puta eum, a quo eam justo titulo accepit, dominum fuisse, aut jus habuisse alienandi. *l. bonæ fidei.* 109. *ff. de verb. sign.* Malæ igitur fidei possessores huc non pertinent. *d.* §. 35. *l.* 22. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de cond. ex leg.* Modus acquirendi est perceptio. Perceptioni enim hæc acquisitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Justinianus *d. loc.* Percepti fructus dicuntur, simul atque a re, qua tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus aut pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum. *l. si fructuarius.* 13. *ff. quib. mod. ususf. am. l. qui scit.* 25. §. 1. *ff. de usur. l. si ejus fundi.* 78. *ff. de rei vind.* in animalibus, cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est. *l. in pecudum.* 28. *ff. de usur. l. bonæ fidei.* 48. §. 2. *ff. de acq. rer. dom.* quanquam interdum verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam

dixi, fructuum a re separatio, *d. l. 48. pr. verſ. denique. d. l. 78. ff. de rei vind.* At enim perceptio non eſt ſola nec præcipua hujus acquiſitionis cauſa, neque ſola culturæ aut curæ hic ratio habetur: alioqui idem etiam probandum eſſet in malæ fidei poſſeſſore: ſed principalis cauſa eſt in perſona poſſeſſoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut poſſeſſor pene pro domino haberi debeat. *d. l. 25. §. 1. ff. de uſur. d. l. 48. ff. de acq. rer. dom.* & tantum præſtat poſſidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non eſt. *l. bona fides. 136. de reg. jur.* Perceptio vero magis eſt cauſa ſine qua non.

Quæſitum autem eſt, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hac acquiſitione mutet, an vero omnes indiſtincte ad eam pertineant. Fructum a ferendo dictum eſſe ſcribit Varro *lib. 4. de ling. lat.* ut ſit id omne, quod res fert. Noſtri autem cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re naſcitur, vel per cauſam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum diviſio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei naſcuntur, ſed extrinſecus per occaſionem rei percipiuntur: cujus generis ſunt uſuræ, mercedes, penſiones, reditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc proprie fructus non ſunt. *l. ſi navis. 62. ff. de rei vind. l. uſura. 121. ff. de verb. ſign.* in fructu tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent. *l. uſuræ. 34. l. prædiorum. 36. ff. de uſur. l. mercedes. 29. ff. de hered. petit.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis. *d. l. 62. de rei vind. l. ancillarum. 27. §. 1. & 3. ll. ſeqq. ff. de hered. pet.* Cæterum de iſto genere hic non quæritur. Fructus naturales ſunt, quos natura ex re ipſa producit. Et horum quidam fere ſolo naturæ beneficio & *αὐτομάτως*, ſponte magis, quam facto & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, &c. Aut natura quidem adjutrice; cæterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cujuſmodi ſunt ſegetes, legumina, aliaque in agris ſata, item fructus pecudum: quippe quæ ſine cura & cultu hominum ſalvæ eſſe non poſſunt. Illos naturales in ſpecie, hos induſtriales, interpretes appellaverunt, propterea quod niſi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura, atque induſtria hominis interveniat, ſola natura hos non producit. Et huc pertinet illud Senecæ 2. *de benefic.* 11. *Nihil in fructum pervenit, quod non a primo uſque ad extremum æqualis cura proſequitur.* Petita autem eſt hæc diſtinctio ex *l. fructus. 45. ff. de uſur.* atque evidenti ratione nixa eſt. Hoc igitur hic quæritur, an fructus tam naturales, ſic in ſpecie dicti, ad hanc acquiſitionem pertineant, & percepti bonæ fidei poſſeſſoris fiant, quam induſtriales, de quibus nulla hic controverſia? Ego in ea ſententia ſemper fui, ut exiſtimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquiſitione mutare, bonæque fidei poſſeſſorem non minus fructus naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos facere. Rationes hæ ſunt. 1. Quia generaliter & ſine ulla fructuum diſtinctione loquitur Imperator *d. §. ſi quis a non domino. 35.* item Juriſconſulti in *d. l. bonæ fidei. 48. ff. de acq. rer. dom. l. 13. ff. quib. mod. uſuſf. am. l. ſi ejus. 78. ff. de rei vind.* 2. Quia ratio Gaji in *l. in pecudum. 28. ff. de uſur.* dicentis ideo fœtum pecudum, lac, pilum, lanam fieri bonæ fidei poſſeſſoris quia in fructu ſunt, & ipſa fructus omnes complectitur. 3. Faciunt huc textus in *l. 13. ff. quib. mod. uſuſf. am. l. ſi ejus. 78. ff. de rei vind.* ubi & olea mox cum percepta ſive excuſſa eſt, & fœnum, ſimul atque cæſum & a ſolo ſeparatum eſt, bonæ fidei poſſeſſoris fieri expreſſe traditum eſt. At olea

olea vel maxime fructus naturalis est; quippe quam nec rastros desiderare, aut falcem ullamve curam testantur Virgilius *lib. 2. Georg.* Plinius *lib. 15. nat. hist. c. 1.* Fœnum autem quin fructus quoque naturalis sit, & spontaneus, nemo, opinor, negabit. 4. Evincitur hoc idem ex eo, quod de fructibus consumptis traditur, dominum de his agere non posse, sed possessorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipsos, quos percipiendo interim suos fecerat. *d. §. 35. Inst. de rer. div. §. 2. Inst. de offic. jud. l. 4. §. 2. ff. fin. reg. l. certum. 22. C. de rei vind.* Et igitur cum omnes lucretur consumptos, omnes quoque perceptos suos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l. 48. ff. de acq. rer. dom.* ubi sic scribit; *Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex re aliena suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est.* Glossa quidem & DD. communiter hæc verba Pauli, *sed omnes*, restringunt ad fructus industriales, qui alterius, quam bonæ fidei possessoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam inconcinnum & violentum est. Quis enim non videt, verbum *omnes* a Jurisconsulto non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque designari fructus diversi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire? Quod ipsum evincit & ratio, quam mox subjungit, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene sit.* quam eandem rationem & Julianus affert *l. qui scit. 25. §. 1. ff. de usur.* cui & illud simile, quod idem Julianus ibidem scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, spectari: unde apparet, industriam aut operam non esse τὸ οὗ ἕνεκα, causam hujus acquisitionis principalem: nam si jure soli fructus a bonæ fidei possessore percipiuntur, utique omnes qui in solo nascuntur, etiam οἱ ἄσπαρτοι καὶ ἀνήροτοι ad hanc perceptionem & acquisitionem pertinent, ejusdemque omnes in hac causa conditionis sunt. Postremo si bonæ fidei possessor sibi acquirit fructus etiam ab alio satos, in quos ipse neque operam neque curam ullam impendit, quanto magis suos faciet naturales, qui cura illius si non nascuntur, saltem conservantur?

Objicitur huic sententiæ *d. §. si quis a non domino. 35. Inst. de rer. divis.* ubi Justinianus ait, placuisse fructus perceptos fieri bonæ fidei possessoris pro cultura & cura. Respondeo, vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ; putantur arbores, vites, ut omnibus notum est. Oleæ quoque attonderi & interradi gaudent teste Plinio *lib. 15. c. 1.* Sed & si qui fructus sine cultu aut procuratione humana proveniant, ut sylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus sylvestres, nihilo tamen minus ad hanc acquisitionem pertinent. Nam, ut supra diximus, præcipua & adæquata hujus acquisitionis causa est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam alter quidam dominus jure soli fructus percipiat, cui consequens est, ut percipiendo etiam suos faciat eos, in quos neque culturam neque curam impendit, τοὺς αὐτομάτους, sive spontaneos, qui in specie naturales ab interpretibus vocantur. Tantum quia ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc a Justiniano expressa est.

Maxime autem huic sententiæ obstare putatur locus Pomponii in *l. fructus. 45. ff. de usur.* Verba Pomponii hæc sunt; *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit,* vel

vel ex ſylva ceciderit, non fit ejus ; ſicuti nec cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris : quia non ex facto ejus is fructus naſcitur. Ex hoc loco ſatis perſpicue probari credunt plerique interpretes, fructus naturales, id eſt, ſpontaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei poſſeſſoris non naſcuntur, ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait Juriſconſultus? Non cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris fieri fructus, qui ex facto ejus non naſcuntur. Ne hoc quidem nos negamus, ſed hoc dicimus, eum poſſeſſorem bonæ fidei, qui ex juſta cauſa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quem dominum eſſe putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos ſuos facere. Hoc autem non negat Pomponius : quippe qui non dicit nullius bonæ fidei poſſeſſoris tales fructus fieri, ſed non cujuſlibet : quam enunciationem non eſſe generalem, ſed particularem oſtendit nota particularis attributionis, quæ hic eſt negatio univerſalis. Qui dicit, non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere; & cum idem Pomponius *l. 6. pr. ff. de contr. empt.* ait non cujuſcunque rei venditionem aut alienationem eſſe, id non hanc habet ſententiam, nullius rei eſſe venditionem, quod falſum eſſe vel pueri ſciunt, ſed quarundam duntaxat rerum non eſſe, nempe earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; cæterarum autem rerum eſſe. *d. l. 6. pr. l. ſi in emptione. 34. §. 1. ff. eod.* Igitur in hac enunciatione, *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos facit*, cum conſequens non omni antecedenti attribuatur, ſed ſolummodo ejus parti alicui, ſatis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonæ fidei poſſeſſores cenſere : & tacite duo genera ejuſmodi poſſeſſorum facere, unum eorum, qui fructus naturales ſuos non faciunt, alterum, qui hos etiam ſuos faciunt. Atque ita eſt, non omnis bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes percipiendo ſuos facit, ſed is ſolum, qui juſto titulo poſſidet, cauſamque juſtam habet, cur exiſtimet rem ad ſe pertinere. Qui autem juſto titulo deſtituitur, quamvis in jure errans ſe dominum factum putet, naturales fructus ſuos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis proſit, contra *l. 4. l. 7. l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* & interdum nullos. *l. 13. pr. de cond. indeb.* licet alioqui non malæ, ſed bonæ fidei poſſeſſor exiſtimari debeat, quicunque dolo caret, etſi in jure errat. *l. ſed & ſi. 25. §. ſcire. 6. ff. de her. pet. l. ubi lex. 24. l. ſi fur. 32. §. 1. ff. de uſuc.* nec ſequitur, injuſte poſſidet, ſeu titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Poſſeſſor prædii minoris ſine decreto alienati poſſidet injuſte, bona tamen fide poſſidet, ſi ignorans rem eſſe minoris, aut in jure errans rem emit, & fructus induſtriales propter bonam fidem ſuos facit. *l. 2. C. ſi quis ign. rem min.* Talis etiam eſt poſſeſſor fundi dotalis a marito alienati, item rei litigioſæ, & qui a falſo tutore emit. *l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento eſt, bona fides in compendiis poſſeſſori non prodeſt. *l. ubi lex. 24. ff. de uſuc. l. bona fides. 136. ff. de reg. jur.* Toties autem impedimento eſt, quoties poſſeſſorem vult teneri in quantum locupletior factus eſt, ut poſſeſſorem hereditatis, *d. l. 25. §. conſuluit. 11. ff. de her. pet.* item in caſu *l. ſi fructus. 8. C. de donat. int. vir. & ux.* & denique, qui ex ea cauſa poſſidet, quæ poſtea ad non cauſam redacta eſt. *l. 3. ff. de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei poſſeſſorum verba Pomponii, *ſicuti nec cujuſlibet, &c.* accipienda ſunt; quippe qui & ſoli ſimiles ſunt conjugi rem a conjuge donatam poſſidenti, & in lucris cæterorum bonæ fidei poſſeſſorum jure non cenſentur. In eo autem diſſimilitudo eſt, quod

quod conjux fructus industriales, quos percepit, restituere non teneatur, quoniam eos non tantum jure permittente, *l. de fructibus.* 17. *ff. de don. int. vir.* sed etiam volente conjuge percepit: cæteri nisi fructus consumpti sint, teneantur, de quo uberius *quæst. seq. vid. Ant. Fab.* 4. *conject.* 17. *Pinell. in l.* 2. *C. de resc. vend. p.* 2. *c.* 4. *n.* 60. *Fachin.* 1. *contr.* 57. *Timæ. Fab. disp. ann.* 14. *thes.* 5. *Bronch. cen.* 3. *assert.* 78. *Vult. disc. schol. c. ult. Paul. Bus. ad d. l.* 45. *Thulden. ad d.* §. 35. *Inst. de rer. div. c.* 50. & quod ad praxin attinet. *Groenew. in ll. abrog. ad l. certum.* 22. *C. de rei vind. Pinell. d. loc. Cyprian. Regn. ad d.* §. 35.

CAP. XXVI.

An bonæ fidei possessor fructus omnes, quos percepit, Domino rem suam vindicanti restituere teneatur?

SUPERIORE capite satis abundeque probavimus, bonæ fidei possessorem justo titulo subnixum fructus omnes, quos percepit, tam naturales & spontaneos, quam industriales suos facere. Videndum porro, an quos ita percipiendo suos fecit, & semel sibi acquisivit, domino superveniente & rem suam vindicante, retinere possit, an vero omnes aut quosdam restituere teneatur? In hac quoque quæstione concedo in sententiam τῶν νεωτερικῶν, distinguentium inter fructus adhuc extantes & consumptos, ut illos quidem omnes domino rem suam vindicanti restituere bonæ fidei possessor teneatur, hos autem omnes lucretur sine ullo metu restitutionis. De fructibus pendentibus, id est, qui nondum a solo separati sunt, nulla est controversia: nam cum hi fructus pars esse fundi intelligantur, utique cum ipso fundo & ipsi vindicantur & restituendi sunt. *l. fructus.* 44. *ff. de rei vind.* Sed quæritur de extantibus, id est, separatis quidem a re, qua tenebantur, sed nondum consumptis, an illi omnes domino restituendi, an vero naturales duntaxat? Et omnes sine distinctione restituendos esse multa evidenter arguunt.

Primum illud, quod Justinianus scribit, de consumptis fructibus dominum agere non posse. §. *si quis.* 35. *Inst. de rer. divis.* §. 2. *Inst. de offic. jud.* & Paulus *l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde ex contrario recte colligitur, de non consumptis seu extantibus adhuc, licet a solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari.

Deinde si bonæ fidei possessor eosdem fructus, quos percepit & percipiendo suos interim fecit, ante consumptionem eorum domino vindicanti restituere debet, utique omnes debet restituere, & tam industriales, quam naturales; quoniam vel maxime & citra controversiam industriales ad acquisitionem, quæ perceptione fit, pertinent.

Sed quid opus est multa ad confirmationem hujus sententiæ argumenta congerere, cum habeamus expressam auctoritatem in *l. certum.* 22. *C. de rei vind.* ubi sic rescribunt Imperatores; *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei vero extantes; post autem litis contestationem universos.* Neque possis cum Donello extantes hic accipere pro pendentibus: nam præterquam quod hoc non

admittit hujus verbi usus, utique vel ipso Donello fatente, naturales, licet a solo sint separati, restituendi sunt. Atque hæc causa est, cur Africanus in *l. quæsitum.* 40. *ff. de acq. rer. dom.* scribat, bonæ fidei possessorem consumptos demum suos facere, & Paulus *l.* 4. §. *lana ovium.* 19. *ff. de usucap.* consumptos vel usucaptos. Nimirum quia hi soli re evicta non restituuntur. Sic ergo concludimus, bonæ fidei possessorem fructus omnes, quos percepit tam industriales quam naturales non consumptos debere restituere, quemadmodum e converso omnes consumptos tam naturales, quam industriales lucratur. Non obstat, quod conjux non restituit fructus industriales rei a conjuge sibi donatæ, quamvis adhuc extent: nam, ut præcedenti capite dictum est, id hanc rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id est, conjugis donatoris, idque jure publico permittente hosce fructus sibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obstare videtur, quod sola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei possessoris: nam si hoc verum est, falsum est eos demum bonæ fidei possessoris fieri consumptione. Respondeo falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed sciendum est, geminam esse dominii acquisitionem, unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat: quale est jus mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit; item heredis in re sub conditione legata. *l. non ideo.* 66. *ff. de rei vind. l. generaliter.* 29. §. 1. *ff. qui & a quib. man.* Et tale quoque in proposito est jus bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non constat: at eo superveniente & rem suam vindicante, jam causa illa & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis seu litis contestatæ extant, officio judicis restituere. Neque enim sublato jure, quod in solo habebat, sola ratio culturæ & curæ eum defendere potest, ut fructus retineat: sed ad hoc solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet & consequatur, ut dominus aut prætium ejus, quod impensum est, solvat; sin minus, patiatur sumptus cum fructibus pro rata pensari, & pro illis partem fructuum possessorem retinere. *arg. l. si a domino.* 36. §. *ult. de her. pet.*

Innuit hoc ipsum non obscure Paulus Jurisconsultus in *l. bonæ fidei.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* cum ait, bonæ fidei possessorem fructus ex re aliena percipiendo suos interim facere. Quare enim ait *interim?* Non aliam procul dubio ob causam, quam ut ne quis credat sola perceptione sic fieri fructus bonæ fidei possessoris, ut nunquam postea sint restituendi rei domino. Quod si quis putet frustra id constitutum esse, quasi illa perceptio & fructuum interim acquisitio nihil commodi afferat possessori, eo quod utique si adhuc extent, domino rem suam petenti restituendi sunt; is sciat & bonæ fidei rationem hoc exigere. *l. qui scit.* 25. §. 1. *ff. de usur. l. bona fides.* 136. *ff. de reg. jur.* nec sine effectu esse. Prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint aut ab alio possideantur, eos tanquam suos vindicare possit, tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi, eosque pro necessitate aut utilitate sua aut familiæ suæ distrahendi aut consumendi: cujus rei hic iterum effectus,

ut

ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem præstare deberet.

Plus negotii facit responsum Gaji in *l. in pecudum* 26. *pr. ff. de usur.* ubi Jurisconsultus ait, ea, quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii. Quod autem statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo respondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei possessorem fructuum simul ut percepti sunt, statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuo negare jus illud ex causa esse revocabile: neque de eo laborare debuit Gajus in *d. l. pecudum.* in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est, & ideo usucapione demum acquiritur. *d. l. in pecudum.* §. 1. Sic idem Jurisconsultus in *l. generaliter.* 29. §. 1. *ff. qui & a quib. man.* ait, servum sub conditione legatum, pendente conditione pleno jure heredis esse: quem tamen constat existente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Sic denique emptio facta lege commissoria perfecta & plena est, licet conditione deficiente resolvatur. *l.* 1. *ff. de leg. commiss.* Illud non magni ponderis est, quod dicitur, bonæ fidei possessorem idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum est, & plus etiam juris, quam habet fructuarius. *d. l. qui scit.* 25. §. 1. *ff. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret, quos tamen esse restituendos inter omnes convenit. Et loquitur expresse Jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi. Paulus in *l. bonæ fidei.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei possessore loquens caute addidit particulam *pene:* quia, inquit, quod ad fructus attinet, loco domini pene est.

Porro qnemadmodum bonæ fidei possessor fructus omnes extantes restituere debet, ut dictum & plene probatum est: ita ex contrario eorum nomine quos consumpsit, cujuscunque sint generis, non tenetur, nec ullos restituit, quod & ipsum abunde probatum putamus. Cæterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur, etiam ab iis, qui hactenus idem nobiscum sentiunt, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem fructuum consumptorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior? Et verius est eum non teneri. Ratio est, quia non alienos, sed suos consumpsit: & cum nunquam domini fundi fuerint, non potest dici rem domini ad eum pervenisse, eumve ex re aliena locupletatum. *l.* 1. §. 2. *ff. de pign.* Quod si legum quæritur auctoritas, textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla restrictione negant horum nomine bonæ fidei possessorem teneri. Imperatores in *l. certum.* 22. *C. de rei vind.* ajunt bonæ fidei possessorem extantes duntaxat præstare solere, quasi de consumptis inquirendum non sit. Paulus *l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* ait possessorem fructus, quos bona fide percepit & consumpsit, lucrari oportere: quod utique falsum esset, si eos quatenus locupletior factus sit, teneretur restituere. Nemo enim sine lucro locupletari potest. Adhæc, quod bene notandum est, tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, auctore eodem Paulo in *l.* 4. §. *lana.* 19. *ff. de usuc.* at usucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen hic nobis scrupulus aliquis ex *l. sed &.* 25. §. *consuluit.* 11. *l. illud quoque.* 40. § 1. *ff. de her. pet.* qui scrupulus prius quam hinc discedimus, evellendus est. Quid igitur locis istis reperitur, quod nobis incommodet? nempe in judicio petitionis

hereditatis bonæ fidei possessorem teneri, in quo factus est locupletior. Item in restitutione hereditatis venire fructus tanquam hereditatis augmenta, per quos possessor locupletior factus est. Respondemus, non eadem est in quæstione proposita judicii universalis quod & personales præstationes habet, & singularem rerum petitionis ratio. Possessor hereditatis nec ab initio fructus percipiendo suos facit, nec postea consumendo lucratur: sed statim ubi ab eo percepti sunt, in numerum rerum hereditariarum recipiuntur, ipsamque augent hereditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hereditaria, & fructus petantur, atque in restitutionem hereditatis veniant. *l. item veniunt.* 20. §. 3. *ff. de her. petit.* quæ omnia secus se habere constat in vindicatione rerum singularum. Nimirum cum is, qui pro herede possidet, ex falsa causa possideat, visum est senatui, non ultra possessori hereditatis consulere, quam ut ne damno afficiatur, quomodo ei consulitur, qui tenetur condictione indebiti. *l. indebiti.* 15. *ff. de cond. ind.* unde ex contrario etiam mitius quo casu eum tractari voluit, scilicet ut si quid dilipidaverit, aut perdiderit, dum sua se re abuti putat, non teneatur. *d. l. sed & si.* §. *consuluit. ff. de her petit.* vide præter allegatos *c. præc. Joan. a Sande lib.* 3. *rer. jud. c.* 15. *defin.* 1. *ubi in Frisia sic judicatum refert. Nicol. Thulden. in annot. ad prax. civ. Damhoud. c.* 104. *n.* 13. *Pinell. ubi sup. c. præc.* ubi ait, nunc ubique fere tantum servari formam *l.* 22. C. *de rei vind.* in fructibus a bonæ fidei possessore perceptis post litis contestationem, eorum qui ante percepti sunt, sive consumpti sint, sive adhuc extent, sive ex iis locupletior possessor factus sive non, rationem non haberi, insuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

CAP. XXVII.

An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

HÆC quæstio minus trita & vulgaris, quam duæ superiores: ad cujus decisionem antequam perveniamus, more nostro præcursionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana est actio in rem prætoria, quæ competit de re, quam quis ex justa causa sibi traditam a non domino bona fide accepit, si ejus nondum dominus effectus possessionem casu amisit. §. 4. *Inst. de action.* Est actio in rem prætoria: nam jure civili nulla nisi rei suæ vindicatio. *d.* §. 4. Justa causa est, ex qua re a vero domino tradita, dominium in accipientem transiret, quod intellectum est ex verbis edicti, *& nondum usucaptum petet. l.* 1. *ff. de Publ. in rem act.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit. *Inst. de usuc. in pr.* cujusmodi causæ sunt emptio, donatio, legatum, dos, &c. *d. l.* 1. §. *ult. & ll. seqq.* Bona fide accepisse intelligitur, qui eum, a quo rem accepit, aut dominum esse putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. *l. bonæ fidei.* 109. *ff. de verb. significat.* Traditionem latius hic accipimus, ut etiam rerum incorporalium quasi traditio

ditio contineatur, usus nimirum accipientis & patientia constituentis: nam & usus-fructus & servitutum constitutarum nomine Publiciana competit. *l. si ego.* 11. §. 1. *ff. de public. in rem act.* Nec dubitandum quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam sufficiat etiam ficta traditio: cujus multæ sunt species & modi, veluti per fictionem brevis manus, traditionem clavium, appositionem custodis, &c. Necdum dominus effectus dicitur, qui rem a non domino acceptam nondum usucepit. *d. l.* 1. §. 1. *eod.* ubi Ulpianus ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam: quanquam nec ipsi domino Publiciana deneganda, si forte cum difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione, tanquam remedio expeditiore, sub qualitate bonæ fidei possessoris, omissa quæstione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quin & usu forensi receptum est, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari atque alternatim proponi possit, id est, res peti jure dominii vel quasi dominii. *Oldendorp. class.* 3. *act.* 3. *Mynsing. ad* §. 4. *Inst. de act. n.* 62. *Gail.* 1. *obs.* 62. *n.* 5. Atque hæc quidem ὡς ἐν παρόδῳ. Transgrediamur nunc ad quæstionem propositam.

Igitur, sicut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus sit, rem vel vere vel ficte traditam esse oportet: nam cum nec sine traditione possessio transferri, nec sine possessione usucapio procedere possit. *l.* 25. *ff. de usucap.* consequens est & nec posse colorem quæsiti per usucapionem dominii prætexi, ubi res tradita non est. Quid ergo, an non licebit ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etsi regulariter & jure gentium dominia rerum sine traditione non transferuntur. *l. traditionibus.* 20. C. *de pact.* §. *per traditionem.* 40. *Inst. de rer div.* jure tamen civili quibusdam ex causis etiam sine traditione, veluti aditione hereditatis, restitutione fideicommissi universalis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi specialis, donatione mortis causa, venditione aut donatione facta civitati, ecclesiæ, locis ad curam & alimoniam egenorum publice comparatis. *l.* 23. §. 1. C. *de SS. eccles.* Finge igitur v. c. rem alicui legatam esse ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui restitutam hereditatem, quæritur an is Publiciana experiri possit, etiamsi non fuerit nactus possessionem? Negat D. Bachovius *disput.* 3. *de act. thes.* 18. Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil esse, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, nisi ei, qui usucapere cœpit, adeo inquit, ut auctore Jasone in *d.* §. 4. *n.* 17. argumentum ab usucapione ad Publicianam, & contra, affirmative & negative procedat: usucapio autem sine possessione non contingit. *l.* 25. *ff. de usucap.* ac proinde, inquit, cessat in casu proposito color dominii per usucapionem acquisiti, quod sit essentiale hujus actionis requisitum, ut scilicet actor intendat se usucepisse: quod utique prætendere non possit, ubi res tradita non est, neque possessio translata. Hoc amplius, inquit, etsi DD. vulgo existimant, quoad effectum transferendi dominii, sufficere rem traditam esse, licet vacua rei possessio tradita non sit, neminem tamen esse, qui non statuat, opus esse vacuæ possessionis traditione, ut procedat usucapio.

Ego vero totum hoc ad eas duntaxat species pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehensione possessionis est opus: edictumque

conceptum esse de eo, quod ἐπὶ τὸ πολὺ accedit. Quibus autem ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea agi posse, ex sententia scilicet & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum est, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injustis rei possessoribus. Nam, ut Ulpianus scribit *l. 7. §. in Publiciana. 8. ff. de Public. in rem act.* in Publiciana actione omnia eadem sunt, quæ in rei vindicatione. Ac proinde quemadmodum si in casu hoc nostro a vero domino legata, aut vere hereditaria fuisset, legatario aut heredi fideicommissario competeret rei vindicatio, etiamsi possessionem ejus rei nacti non essent: ita si res a non domino legata sit, aut non sit ex corporibus hereditatis restitutæ, danda erit legatario aut fideicommissario in rem Publiciana, quamvis nec illi possessionem nacti sint. Atque hoc diserte responsum est de eo, cui ex Trebelliano restituta est hereditas. *l. cum sponsus. 12. §. 1. d. tit.* item de domino, cujus servus cum in fuga esset, rem a non domino emit. *l. si servus. 15. eod.* His autem casibus cum usucapio procedere non possit. *d. l. 25. ff. de usuc.* apparet prætensionem dominii per usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: & proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui fuerit in conditione usucapiendi. Sed & hoc ipsum falsum existimo, quod actor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse. Quamvis enim Justinianus scribat, in hac actione eum, qui possessionem amisit, dicere eam rem se usucepisse: illa tamen actoris intentio non ad nuda ista verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Non dicet igitur expresse se rem usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis sua intentione complectetur. Dicet se rem, de qua agitur, bona fide v. c. emisse a Lucio Titio, & ab eo sibi traditam bona fide accepisse, petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si usucepisset. In causis ex quibus & qui nondum possessionem nactus est, Publiciana agere potest, dicet actor rem sibi a L. Titio legatam, aut eam in hereditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex senatusconsulto obtinet: quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata *d. l. 12. §. 1. d. l. 15. de publ. in rem act.* dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. Hæc olim fuit Petri de Bellapertica opinio, probata Jo. Fabro *§. 3. Inst. eod. n. 12.* & Donello in *§. 4. eod. n. 4. & 14.*

CAP. XXVIII.

Ususfructus sitne dividuus, an individuus?

QUÆSTIO hæc non tantum ad usumfructum pertinet, sed etiam ad cæteras res incorporales, puta hereditatem, obligationes & actiones, exceptis servitutibus prædiorum & nudo usu, quæ individua esse apud omnes in confesso est. Dividuum nostris est, quod dividi potest sive in partes numero discretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini: sive in partes corporum, ut omnes res corporales, fundus, homo, navis, &c. licet plerumque harum rerum divisio in partes

partes discretas fieri non possit, sine rei interitu aut corruptione; veluti si homo gladio in partes secetur. Navem si dividas, inquit Cascellius apud Macrobium, nec tu nec socius habebitis. Sed juris nostri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujusque naturam accommodata. *l.* 9. §. 1. *ff. de solut.* Cum enim de divisione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes discretas & naturaliter divisas, sed indiscretas & inter se confusas, ac intellectu magis, quam corpore divisas, ipso rei corpore integro manente. Verbi causa, cum dicimus Titium & Sempronium ejusdem rei esse dominos, rem divisam in partes esse significamus, quarum unam Titius, alteram Sempronius habeat. Verum hæ partes corporaliter separatæ non sunt, sed confusæ & commixtæ, ut neuter possit suam partem a parte socii sui discretam ostendere. *l.* 5. *ff. de stipul. serv. l. Mævius.* 66. §. 2. *ff. de legat.* 2. Atque hæ partes proprie appellatione partium continentur; quia cum divisio ac separatio corporalis fit, jam non amplius uno corpore tenentur, sed singulæ per se corpus discretum constituunt, & totum quiddam verius, quam pars sunt: verbi causa, si fundus in partes pro diviso dividatur, jam duo fundi esse incipiunt. *l. recte.* 25. §. 1. *ff. de verb. sign. l.* 6. §. 1. *ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per se non potest convenire nisi corpori sive rei corporeæ, nihil tamen prohibet, quominus etiam res incorporales, modo tales sint, ut quod ex his percipitur, natura dividi possit, intellectu in partes pro indiviso secernantur, ut non ex eo, quod sunt natura dividuitas in his æstimetur, sed ex emolumento, quod propter partem divisim percipitur: cum in emolumento ipsa pars quodammodo percipi videatur. Cujusmodi res sunt hereditas, obligatio & petitio cujusque rei dividuæ, usufructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit divisionem. Hoc interest inter res plerasque mobiles puta servum, equum, & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipso dividi pro partibus divisis, & ita corrumpi possunt: at hæ, jura incorporalia ne quidem per rerum naturam facto ipso dividi possunt. Ea, quæ in nominibus sunt, in judicio familiæ erciscundæ non dividi, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint, legimus in *l.* 6. *C. fam. ercisc.* De hereditate, nisi testator aliter diviserit, eam distribui in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. §. *hereditas.* 5. *Inst. de hered. instit. l.* 13. §. 1. *ff. eod. add. l.* 1. §. 1. 3. & 4. *ff. si pars hered. petit.* De usufructu, de quo hic ex professo, eum pro parte constitui posse, & legitimo tempore similiter amitti. *l.* 5. *ff. de usufruct.* pro parte nos frui posse, uti non posse. *l. usus.* 19. *ff. de usu & habit.* usumfructum dividi posse, nec sicut cæteræ servitutes individuæ sunt, ita & ipsum individuum esse. *l.* 1. §. *si ususfructus.* 9. *ff. ad leg. Falcid.* Usumfructum legatum venire in in computationem legis Falcidiæ, quia divisionem recipit, adeo ut si duobus legatus fuerit, ipso jure ad singulos partes pertineant. *l. si ususfructus.* 81. *ff. eod. tit.* Cernitur autem maxime hæc dividuitas, cum pluribus in eundem usumfructum conjunctis, aut concursu partes fiunt, aut deficientium partes conjunctis accrescunt. *tot. tit. ff. de usur. accresc.* Nec putandum est usumfructum dici dividuum tantum respectu partium fundi fructuarii: possunt enim in eodem fundo indiviso partes ususfructus diversæ a diversis haberi: & cum in judiciis divisoriis cautionibus interpositis, qualiter fruantur, a communione disceditur, aut cum per legem Falcidiam ususfructus minuitur, non ideo fundus in plures partes minutiores dispescitur.

l. si

l. si cujus. 13. *§.* 3. *ff. de usufr. l.* 7. *§. cum de usufructu.* 10. *ff. comm. div. l. & puto.* 16. *pr. ff. famil. ercisc.* Cur igitur servitutes prædiorum individuæ? *l. viæ.* 17. *ff. de servit. l.* 1. *§. si ususfructus.* 9. *ff. ad leg. Falcid. l. stipulationes non dividuntur.* 72. *ff. de verb. oblig.* Resp. hoc non ex eo est, quod sunt res incorporales, ne quis erret; sed quia in solo usu consistunt, & solo utentis servitute facto, puta euntis, agentis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. terminantur, nulla re relicta, quæ dividi possit. Ususfructus autem dividuus est, quia licet & ipse in facto ab initio consistat. *l. un. ff. quand. dies ususfr. leg.* facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem; qui fructus cum dividi possint, etiam jus eorum percipiendorum dividuum habetur: quamvis ipsius juris nulla sit physica divisio. Recipiunt quidem & prædiorum servitutes divisionem per tempora, sed ita usus servitutum non dividitur, sed per intervalla distinguitur, ut nihilominus tota semper utamur servitute. *l.* 5. *§.* 1. *ff. de servit.* & est tantum modus adjectus toti sive usui totius. *l. arbor.* 19. *§. ult. ff. comm. divid.* Putaverit tamen aliquis non magis usumfructum, quam usum dividuum dici posse, cum usus, ut disputat Hotomannus *illustr. quæst.* 20. sit pars homogenea ususfructus: usus autem cujusque semper in solidum est. *l. usus.* 19. *ff. de us. & habit. l.* 5. *§. ult. ff. commod.* Sed falsum est, quod Hotomannus assumit, usum formalem sive separatum, partem esse sive homogeneam sive heterogeneam ususfructus: & partium illa in similares dissimilares distinctio propria est partium corporis.

Ex contrario putaverit aliquis non minus usum quam usumfructum dividuum esse, & partes pro indiviso recipere, quoniam usus nihil aliud sit, quam parvus quidam ususfructus. Sed & hoc quoque falsum est: nam ususfructus continet omnem utilitatem, quæ ex re percipi potest, usus solos eos fructus, qui necessitati utentis sufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures simul, quisque ad suam necessitatem, & tamen pro parte re utantur. In usufructu nulla habetur ratio necessitatis fructuarii, sed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire possunt: nam fruimur etiam ad compendium: in usu vero non ad fructus respicitur, sed tantum ad indigentiam personæ usuarii, cujus solo facto & consumptione usus terminatur, nihil relinquens, quod dividi possit: in quo usus similis servitutibus prædiorum. Plures in eundem usumfructum conjungi possunt, in eundem usum plures conjungi non possunt: qua enim ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc est, quod usus amissus semper ad proprietatem redit, ususfructus amissus ad conjunctum. *tit. ff. de usufr. accresc.*

Exemplo res fiet illustrior. Ponamus sylvæ amplæ & copiosæ usum tribus personis legatum esse, quæ vel decem satis lignorum ad rei familiaris usum suppeditare queat. Hic legatarii non habent tres partes (divisas vel indivisas) unius usus, sed pro se quisque usum solidum & distinctum. Contra est, si hic usumfructum pluribus legatum esse ponamus. Nam unius rei possunt plures esse usus, quia nihil impedit, quominus quisque, verbi causa, tantum lignorum cædat, quantum ei sufficiat ad usum & consumptionem quotidianam. Ususfructus autem non nisi unus ejusdem rei esse potest, cum per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in solidum fruantur, & singuli omnem fructum atque utilitatem percipiant. Si equi ususfructus duobus legatus sit; equus locari potest, & pensio inter utrumque dividi. *l.* 7. *§. cum de.* 10. *ff. comm. div.* Si usus equi

equi legatus, locari nequit, ſed tantum uterque ad ſuam neceſſitatem equo uti poteſt. Quod ſi uterque eodem tempore indigeant equo ad negotia ſua, apparet eos in uſu concurrere non poſſe: nec ita igitur res tranſigetur, ut *d. l. 7. §. 10.* ſed neceſſe erit uni ſoli uſum adjudicari, & hunc alteri in præſtationem æſtimationis partis condemnari. *l. item. 10 §. 1. ff. d. tit.* aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi. *arg. l. arbor. 19. §. ult. ff. eod.* Atque hoc ita propter neceſſitatem. *d. l. 10. §. 1.* Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *l. ſi cum duorum. 32. ff. de ſtip. ſerv.* Non obſtat, quod apud Ulpianum legimus, ſi tibi uſus, mihi fructus legetur, concurrere nos in uſu. *l. per ſervum. 14. §. 2. ff. de uſu & habit.* quoniam in tali ſpecie ita concurrit cum uſuario fructuarius, ut percipiat, quod uſuario ſupererit, & ipſe interim etiam fruendi cauſa uſum habeat, ſeu uſum cauſalem, qui fructui ſemper ineſt. *l. ſi alii. 42. junct. d. l. 14. §. 1. ff. eod.* Quod vero generaliter traditum eſt in *l. ſtipulationes. 72. ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum cæteraſque ſervitutes diviſionem non recipere, id ad uſumfructum non pertinet, ſed eo ſenſu dictum eſt, quo ſervitutes prædiorum per excellentiam abſolute ita nominantur. *§. ult. Inſt. de uſu & habit. l. 4. & paſſim. ff. de ſervit.* D D. *comm. ad d. l. 72. & ad l. 2. ff. de verb. oblig. Gomez. 2. reſol. 10. n. 18. Caſtill. tract. de uſufr. c. 31.* Diſſentit *Hotom. quæſt. illuſtr. c. 20.* cujus objectionibus facile ex iis, quæ a nobis diſputata ſunt, occurri poteſt.

CAP. XXIX.

An teſtator poſſit fructuario remittere partem cautionis fructuariæ, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda?

JUS eſt uſufructuario rebus alienis utendi fruendi, ſed ſalva rerum ſubſtantia, id eſt, dum ita utatur fruatur, ut rem ſalvam ſervet domino. Quapropter, ut dominus ſecurus eſſe poſſit de proprietate, deſiderante eo fructuarius cavere cogitur, & uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde extabit. *l. 1. & tot. tit. ff. uſufr. quemad. cav.* quæ cautio ſatiſdatio eſt, id eſt, cavere debet fructuarius datis fidejuſſoribus. *l. 13. pr. ff. de uſufr. l. 4. C. eod.* habet autem iſta ſtipulatio duas cauſas, propter quas interponitur, unam de uſu alteram de reſtitutione; quarum prior ſæpius committi poteſt, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur: poſterior ſemel duntaxat, uſufructu ſcilicet quoquomodo finito. *d. l. 1. §. pen. uſufr. quemad. cav.* Pertinet porro hæc cautio ad omnem fructuarium. *d. l. 13. ff. de uſufr. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. ff. uſuſf. quem. cav.* excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum. *l. 6. §. non autem. l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* quod datum reverentiæ paternæ; item eo, cui uſufructu pure legato proprietas ex die debetur, ex edicti nimirum ſententia, quia certum eſt proprietatem ad eum perventuram. *l. 9. §. ult. ff. uſufr. quem. cav.* Interpretes & fiſcum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam partis bonorum retento uſufructu. Quod rationem habet, per *l. 1. §. ſi ad fiſcum. 18. ff. ut leg. nom. cav. & l. inter eos. 19. §. 1. ff. de re jud.* Sed & in quaſi uſufructu cautio a fructuario præſtanda, (quæ & ipſa ſatiſdatio eſt) nimirum ſe cum morietur aut capite minuetur, reſtituturum non eadem quidem corpora, quæ accepit, quod iis conſumptis fieri non poteſt, ſed tantundem, aut eorum

rum æstimationem. §. 2. *Inst. de usufr. l.* 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* nam clausula de utendo boni viri arbitratu ad quasi usumfructum pertinere non potest, ut recte Castillo *tract. de usufr. c.* 15. *n.* 13. In utroque autem usufructu & vero & quasi, cautio adeo necessaria esse putatur, ut ne testator quidem eam remittere fructuario valeat, per *l. pen. C. ut in poss. leg. l.* 1. *C. de usufr. l.* 6. *ff. ut in poss. legat. Gail.* 2. *obs.* 145. *Castill. d. tract. c.* 15. *post DD. in d. l.* 1. *& d. l. pen.* Et quidem illud constat remissione cautionis facta a testatore non vitiari legatum ipsum ususfructus, sed non obstante hac remissione legatarium cautione oblata usumfructum petere posse. *l.* 6. *ff. ut in poss. leg. l.* 1. *C. de usufr.* quamvis contrarium putet Hunnius *resol. ad Inst. lib.* 2. *tract.* 2. *quæst.* 26. idque duplici, sed utroque inepto & futili argumento. Primum petitum est ex *l.* 7. *pr. ff. usufr. quem. cav.* ubi Jurisconsultus ait, si res ususfructus nomine non exacta satisdatione tradita sit, posse heredem rem vindicare, & si objiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum esse. Respondeo primum, idem obtinere, & si testator cautionem non remisit; neque ullum in eo textu verbum extare, unde colligi possit, de eo casu loqui Jurisconsultum, quo cautio remissa est. Sententia Jurisconsulti minime obscura, sed plana est, nempe si heres forte per oblivionem cautione non exacta rem fructuariam tradidit, posse eum rem vindicare, & excipientem legatarium de re ususfructus nomine tradita, nisi paratus sit satisdare, replicatione doli mali removere. Alterum argumentum Hunnii est, quia quicquid contra legem fit, ipso jure nullum est. Concedimus nullum esse, quod contra legem fit, sed non ultra quam quatenus in legem peccatum est. Non peccat autem testator in legem legando usumfructum, sed contra legem facit remittendo cautionem: quam remissionem idcirco etiam nullius momenti esse fatemur. Sic etsi donatio quæ summam quingentorum solidorum excedens actis insinuata non est, contra legem fiat, non tamen ideo in totum irrita est, sed tantum quatenus legitimum modum excedit. *l. sancimus.* 34. *C. de donat.* Cæterum an in totum verum sit & ad utramque clausulam cautionis fructuariæ pertineat, quod vulgo traditur, cautionem istam a testatore remitti non posse, merito dubites. In quasi usufructu quoniam proprietas transit in fructuarium, nec fructuarius præstat cautionem de re boni viri arbitratu utenda, & finito usufructu restituenda ipsa re, sed tantum de restituendo tantundem, non potest testator remittere cautionem de tali vel tali summa restituenda. *l.* 6. *ff. ut in poss. leg. l.* 1. *C. de usufr.* Ratio est, ut hac saltem via securitatem sibi addere possit proprietarius: quippe qui hic finito usufructu nullam actionem in rem adversus fructuarium habeat, sed personalem duntaxat, scilicet quantitatis condictionem. *l.* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer.* quæ actio proprietario inutilis erit, si finito usufructu debitor inops reperiatur. At in vero & proprio usufructu, cum cautio ad hæc duo pertineat, primum ut fructuarius boni viri arbitratu utatur fruatur; deinde ut rem finito usufructu restituat, hic primam quidem cautionem testator remittere non potest. *l. pen. C. ut in poss. leg.* quoniam remoto hujus cautionis metu invitaretur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, arg. *l. si unus.* 27. §. 3. *ff. de pact.* tum etiam quia hic heres quidem habiturus est actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta est. *l.* 13. §. 2. *vers. denique. ff. de usufr.* cæterum quæ heredi inutilis futura, si forte finito usufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit. At probabiliter defendi potest, testatorem posse remittere cautionem de re restituenda: quia etsi ea omissa sit, habet tamen proprietarius actionem in rem, qua rem ipsam finito

finito usufructu vindicet. *l. 3. §. ult. l. 7. pr. l. ult. vers. si igitur. ff. usufr. quem. caveat.* & sic potest testator prohibere ne legatarii aut fideicommissarii cautionem ab herede exigant nomine legati vel fideicommissi. *l. 1. pr. ff. ut leg. nom. cav. l. pen. C. ut in possess. legat.* & ideo in *d. l. pen.* non vetatur testator remittere satisdationem de re finito usufructu restituenda, sed duntaxat de utendo fruendo boni viri arbitratu. Ita memini disputare solitum virum clarissimum & Collegam quondam nostrum D. Petrum Cunæum piæ memoriæ.

CAP. XXX.

An in argumento de servitutibus prædiorum sola ædificia ad usum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?

SICUT prædia vel urbana sunt, vel rustica, ita & servitutes, quæ iis inhærent, vel urbanorum prædiorum sunt, vel rusticorum; sic enim a subjectis servitutes distinguuntur. *l. 1. ff. de servit.* Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, horti, ruri ager. *l. fundi. 211. ff. de verb. sign.* Urbana autem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia, etsi in villa ædificata sunt. *l. 1. ff. comm. præd. §. 1. Inst. de serv. præd.* Quæ igitur locis puris inhærent, prædiorum rusticorum servitutes sunt, quæ ædificiis, prædiorum urbanorum: distinctione scilicet non a loco sumpta, sed a materia vel genere prædii. *l. fundi. 166. l. urbana. 198. ff. de verb. sign.* Sunt tamen, qui a fine sumptam putant, & ea sola ædificia urbanorum prædiorum numero esse, quæ habitandi causa parata sunt, horrea autem quæ ruri ædificantur, ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur. *Cœpoll. de servit. urb. c. 11. n. 2. Myns. Wesenb. Vult. ad §. 1. Inst. d. tit. Bronch. cent. 1. ass. 95.* Sed male mea quidem sententia, quod quidem ad propositam tractationem attinet. Fac enim unum e dominis, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui forte ad grana a paleis repurganda flatu venti opus sit, cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur, in parietem horrei, in quem alium tignum immittatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque specie servitus nunc urbana nunc rustica dicatur. Non est tamen hæc sententia usquequaque expedita. Scribit enim Neratius *l. 2. ff. de servit. præd. rust.* licere altius tollere & officere prætorio vicini servitutem esse prædii rustici: atqui prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut ex Columella & Palladio constat, quale tamen prædium urbanum esse cæteri omnes fatentur. Resp. Neratium illic suo arbitrio loqui, non considerato juris effectu. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, prædia, eorumque jura dupliciter considerari, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris; qua consideratione nunquam loco distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis

& illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invectis & illatis in prædium rusticum a colono, *l. 4. l. 7. ff. quib. in caus. pign. tac.* urbanum prædium accipimus etiam tabernas, stabula, aliaque meritoria, etiam quæ non sunt in continentibus ædificiis, sed in villis & vicis, vel ipso teste Neratio *d. l. 4. §. 1.* Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur. arg. *l. urbana. 198. ff. de verb. sign.* Cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum viginti quinque annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari. *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est. *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia a fine & usu distinguuntur, & rustica quoque intelliguntur horti olitorii & vinarii, qui in urbe sunt, & villæ fundi causa & propter opus rusticum ædificatæ: reliqua ædificia, stabula meritoria, etsi ruri sint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multo magis area, pro prædiis urbanis habentur. *d. l. urbana. ff. de verb. sign.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujacius 7. *obs.* 24. *& Gœdd. ad d. l. urbana.* bene observaverunt. Similiter cum de servitutibus simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem, ut prædia ipsa, distingui possunt, quod fecit Neratius *d. l. 2. ff. de serv. præd. rust.* At cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere earum nomine nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de serv. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. ff. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. ff. de pign. l. 5. §. & belle. 9. l. 14. ff. de op. nov. nunt.*) loci ratio nulla habetur. Sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ; quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ulla ædificiis vacua subjectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra, loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horti ad voluptatem comparati prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum, accommodata. Idque contra Cæpollam & alios supra allegatos etiam Bachovius bene observavit ad *§. 1. Inst. de servit. præd.* Non obstant iis, quæ diximus *l. 7. §. 1. l. iter. 14. ff. comm. præd. l. servitutes. 20. §. 1. ff. de serv. præd. urb.* ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, servitus rustica est: quippe quod fere debetur per aream, quæ hic instar fundi habet: neque etiam ad iter, qua debetur per ædes, quicquam structura ædificii facit, imo magis est impedimento. Ulpianus in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.* aquæductum per domum transductum vocat servitutem prædii urbani, quæ tamen & ipsa revera rustica est, si de & vi effectu juris, de quo supra diximus, quæritur. & servitutum distinctio non a re, quæ debet servitutem, sed ab ea, cui debetur, sumitur. *l. 1. §. & datur. 43. ff. de acq. cott. & æst.* Denique sublato ædificio hujusmodi servitus adhuc præstari potest.

CAP.

CAP. XXXI.

An in præscriptione servitutum semper opus sit titulo?

SERVITUTES, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua usucapi non possunt. *l. servus. 43. §. 1. ff. de acq. rer. dom. l. servitutes. 14. ff. de servit. l. si aliena. 10. §. 1. ff. de usuc.* Et quamvis olim moribus sive auctoritate prudentum introducta esset servitutum in prædiis urbanis usucapio, quod in his videatur esse continua quædam, si non possessio, at saltem quasi possessio, cum rusticarum servitutum usus non ita sit continuus: tamen quia nec urbanæ servitutes vere possidentur, lex Scribonia denuo harum usucapionum, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, sustulit, ut post legem Scriboniam & tempore mediæ jurisprudentiæ non magis urbanorum prædiorum servitutes, quam rusticorum usucapi potuerint. *l. 4. §. ult. ff. de usuc. d. l. 10. §. 1. eod. d. l. 14. ff. de servit.* ubi duplex ratio affertur, cur prædiorum rusticorum servitutes non usucapiantur. 1. quia incorporales sunt, ac proinde nec possidentur. 2. quia earum usus non est continuus, sed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in servitutibus prædiorum urbanorum, & sola sufficit ad impediendam usucapionem. Atque ideo in *fin. pr. d. l. 14.* additur, *Idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* Posterior autem causa cessat in servitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat usucapio, non etiam rusticarum introducta fuit.

Etsi autem servitutes usucapi nequiverint, id est, biennio, quo tempore olim usucapio rerum immobilium in solo Italico implebatur, acquiri: tamen potuerunt decem vel inter absentes viginti annorum diuturno usu ita acquiri, ut tanquam jure impositæ, utilibus actionibus vindicarentur, *d. l. 10. ff. si serv. vind. l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* Atque eo pertinet *l. 2. C. de serv. & aq.* ubi Antoninus ait, servitutes tempore acquiri, exemplo rerum immobilium: nempe præscriptione decem annorum. Non enim de usucapione servitutis Imperator loquitur; sed de præscriptione, quæ non directam, sed utilem actionem dat: & de rebus immobilibus seu prædiis provincialibus, quorum non erat usucapio, sed duntaxat præscriptio. Sic idem Imperator in *l. 1. C. eod. tit.* non loquitur de usucapione servitutis, sed de præscriptione, quæ longi temporis consuetudine vicem servitutis obtinet. Porro decem annorum usu qui pro possessione est, omnes servitutes acquiruntur: generalis enim est definitio *d. l. 10. ff. si serv. vind. d. l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* Ac proinde rejiciendum est discrimen inter servitutes continuas & discontinuas, quasi illæ decem annis, hæ non nisi tempore immemoriali præscribantur. Quamvis enim usus corporalis in plerisque servitutibus rusticorum prædiorum, puta itinere, actu, &c. continuari nequit. *d. l. servitutes. 14. ff. de servit.* possessio tamen earum non amittitur, quamdiu animo retinetur. *§. 5. Inst. de interdict. l. 3. §. sed &. 7. ff. de acq. poss.* Nam quod istis locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & est hujus rei argumentum in *l. 1. §. 2. ff. de itin. act. priv.* Hodie post transformatam a Justiniano usucapionem, & usucapionem rerum soli cum longi temporis præscriptione confusam, servitutes tam usucapione, quam præscriptione acquiri recte defendi potest,

rest, usucapione videlicet Justinianea, arg. *l. ult. in fin.* C. *de præscr. long. temp. junct. l. un. C. de usuc. transform.*

Existimo autem, quæ & communis est sententia, servitutes duobus modis per se & principaliter longa quasi possessione acquiri posse. Ajo per se & principaliter, quoniam servitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi possunt. *l.* 10. §. 1. *ff. de usuc.* sed uno duntaxat modo, quo scilicet & ipsa ædificia: ac tum non tam ipsa servitus usucapitur, quam prædium; quod usucaptum suæ conditiones sequuntur. arg. *l. via.* 23. §. 2. *ff. de serv. præd. rust. l. traditio.* 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Primus modus, quo servitus per se longo usu acquiritur, est, si servitute ex justa causa sive titulo a non domino prædii, quem tamen dominum esse credebamus, constituta per decem vel viginti annos continenter usi fuerimus. Qui modus cum rerum corporalium usucapione seu præscriptione communis est. Ac de hoc modo accipienda est *l. ult. C. de long. temp. præscr.* ut patet ex ipso contextu. Et quia hic possessionis initium est a non domino prædii, ideo etiam titulus hic necessarius est: at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec in usucapione rerum corporalium. *d. l. ult. C. de præsc. long. temp.* Alter modus servitutum est proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est, domino prædii servientis sciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii est, per continuum legitimi temporis spatium servitute usi simus. Nimirum quia hic initium possessionis est ab ipso domino, ideo scientiam quidem domini, a quo possessionis initium profectum est, requirimus; titulum autem non item: quoniam si etiam titulus adesset, puta si dominus prædii mihi servitutem constituisset & tradidisset ex causa venditionis, donationis, &c. servitus statim citra præscriptionem pleno jure acquireretur. per *l. nunquam.* 31. *pr. ff. de acq. rer. dom.* §. *per traditionem.* 40. *Inst. eod.* Ad hunc posteriorem modum pertinet *l. si quis.* 10. *ff. si serv. vind.* *Si quis*, inquit ibi Ulpianus, *diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario, possedisse.* Displicet quidem hæc sententia Francisco Duareno *lib.* 1. *disp. c.* 34. ubi verba illa Ulpiani, *non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est*, interpretatur de jure civili & directo, quasi hæc sit Jurisconsulti sententia, ei qui ita aquæ ductum nactus est, recte servitutem quæsitam videri, quamvis jure, id est, jure civili & directo non sit constituta, & ob id eum non debere probare de justa servitutis constitutione, puta eam sibi donatam, aut legatam, &c. esse. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque sententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipse exemplo declarat, se verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum sit, ac si dixisset, non esse utenti necesse docere de titulo, quo aqua constituta sit. Nam ut hoc exemplo intelligamus, non titulum possessionis acquisitæ, sed modum, quo aqua jure civili imposita sit, verba non patiuntur: potest enim servitus legari ab eo, qui non sit dominus fundi, a quo servitutem jure constitutam nemo dixerit. Quod si a domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Jurisconsulti sententiæ, qui quæstionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus est diuturno usu & longa quasi possessione. At cui a domino prædii servitus legata est, is eam statim a principio sibi recte constitutam habet. Similis locus superiori est in *l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* ubi idem Juris-con-

consultus definit, in servitutibus hoc nos sequi, ut ubi servitus non invenitur imposita, videatur is habuisse longa consuetudine, velut jure impositam servitutem, qui diu usus est nec vi, nec clam, nec præcario. Non invenitur servitus imposita, cum non invenitur titulus, quo est imposita: nam tituli sunt causæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Jurisconsultus hoc jus nos sequi in servitutibus, quo significat hoc esse servitutum proprium, & in eo esse aliquid diversum ab usucapione & præscriptione rerum corporalium; nihil autem hic proprium esset servitutum, si in hac acquisitione etiam titulum possessionis exigeremus. At denique longa consuetudine servitutem ita acquiri, si quis usus sit nec vi, nec clam, nec precario: quibus verbis exigitur, ut usus sit domino prædii sciente: at titulo accedente & bona fide, ignorantia domini usucapionem sive longi temporis præscriptionem non impedit. *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp.* Denique idem plane significatur in *l. 2. C. de serv. & aq.* nempe jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, si quis per fundum sciente & patiente domino fundi aquam tanto tempore duxerit. Non potest hoc sine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: Nam si eum habeat a domino, statim illi servitus quæsita est: si a non domino, procedit longi temporis præscriptio etiam vero domino ignorante. *d. l. ult. C. de long. temp. præscr.* Unde etiam liquet illa Imperatoris Antonini verba in *d. l. 2. servitutem exemplo rerum immobilium tempore quæsisti*, continere duntaxat comparationem servitutum & rerum immobilium ratione temporis quo per possessionem acquiruntur; non autem simplicem & respectu omnium conditionum: ut hic sit sensus, quemadmodum res immobiles soli provinciales (loquitur enim Imp. non de usucapione rerum soli Italici, quæ biennio implebatur, sed de longi temporis præscriptione, quæ locum habebat in prædiis provincialibus) longi temporis possessione quæri possunt, ita posse & servitutem aquæductus acquiri, si quis aquam per fundum domini eo sciente nec contradicente per idem tempus duxerit. Frustra igitur hunc locum contra communem urget Corasius in *l. servitutes. 14. n. 31. ff. de servit.* Moveri non debemus *l. nullo. 24. C. de rei vind. l. ult. C. de usuc. pro herede.* aut similibus locis quibus traditur, nullo justo titulo præcedente possidentes dominium quærere prohiberi; usucapionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & possessionis, & dominii, & usucapionis verba, quibus istæ sententiæ conceptæ sunt, declarant eas pertinere ad usucapionem rerum corporalium, in quas solum proprie cadit possessio, usucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam esse usucapionem, nisi justo titulo præcedente. At in servitutibus distinctio superior observanda est, ut siquidem initium possessionis servitutis profectum sit a non domino prædii, qui tamen dominus esse putabatur, etiam titulus ad servitutem tempore acquirendam desideretur, ut in usucapione rerum corporalium. *l. ult. C. de long. temp. præscr.* At ubi possessionis initium proficiscitur ab ipso fundi domino, qui sciens patitur nos per longi temporis spatium servitute uti, ita nos usos esse ad præscriptionem servitutis sufficit, nec titulus requiritur, imo non nisi inepte, ut supra ostendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv. in servitutibus hoc nos jus sequi, &c.* nimirum in servitutibus solis, non etiam in rebus corporalibus, aut ipsis prædiis. Ne quis autem captet, quod supra diximus, scientiam & patientiam domini in hac acquisitione servitutis esse vice boni initii, & quoque loco

tradi-

traditionis, atque inde colligat ita statim servitutem quæri, non ex longa temporis possessione: is cogitet hic abesse titulum, & ideo per hanc quasi traditionem non statim servitutem nostram fieri. *arg. l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* sed hoc tantum esset ut locus sit præscriptioni. vide *Baldum de præscr. p. 2. q. 2. n. 1. quart. part. princ. Covar. 1. var. resol. c. 17. n. 7. Costal. in l. 10. ff. si serv. vind. Castill. tract. de usufr. c. 68. n. 16. Fachin. 8. contr. 22.* & in primis *Donell. 11. comm. 12.* Dissent. *Duar. 1. disp. 34. Hotom. 8. obs. 11. Coras. loco supra allegato. Rævard. ad leg. Scribon. c. 7.* quorum singulorum argumentis ex professo occurrit *Schiforleger. lib. 1. tract. 6. quæst. 1. & seqq.*

CAP. XXXII.

An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?

CERTI atque explorati juris est, fructuarium posse usumfructum, id est, jus utendi fruendi pignori hypothecæve dare, etiam invito proprietario, & si velit proprietarius cum creditore agere, non esse ei jus uti frui invito se, prætorem exceptione tueri creditorem. *l. 11. §. pen. ff. de pign.* ubi hujus rei etiam ratio redditur, quod & emptorem usus fructus prætor tueatur, ducto scilicet argumento a majori. *l. 9. §. 1. ff. eod.* Est & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo est, ut pignori dare liceat. *l. ult. ff. de usur. l. fructus. 72. ff. de reg. jur.* Non obstat *l. 6. C. de usufr.* quia non loquitur de oppigneratione usus fructus, sed proprietatis, cujus pignorandæ jus nullum usufructuarius habet. Contra autem Jurisconsultus in *d. l. 11. §. ult. ff. de pign.* de servitutibus prædiorum urbanorum definit, nempe jura prædiorum urbanorum pignori dari non posse. Concepta est hæc definitio nominatim de servitutibus prædiorum urbanorum: unde quidam existimaverunt, eam ad jura prædiorum rusticorum non pertinere. Sed verius est non magis servitutes prædiorum rusticorum pignori dari posse, quam urbanorum; eandemque in proposito harum atque illarum esse rationem. Argumenta sunt hæc. 1. quia servitutes prædii, sunt prædii qualitates. *l. quid aliud. 86. ff. de verb. sign.* prædio cui constitutæ ut subjecto suo sic inhærentes, ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri sine consensu domini prædii servientis. Ac proinde non nisi oppignerato simul prædio oppignerari possunt. Sicuti nec vendi possunt sine prædio: quamvis prædio vendito simul cum prædio, cui debentur, transferuntur. *l. traditio. 20. §. 1. ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum essent. 33. §. 1. de serv. præd. rust. Bronch. cent. 2. ass. 75.* Prædio autem ipso oppignerato datur creditori petitio servitutis prædia jam ante impositæ, non quidem directa, sed utilis; sicuti & ipsius fundi ei utilis petitio datur. *l. ei qui. 16. ff. de pign.* 2. Quia hæc oppignneratio servitutis esset inutilis creditori, propterea quod neque ipsi creditori deberi hujusmodi servitus potest, cum non sit servitus personæ; neque prædio creditoris; quoniam quæ servitus meo prædio debetur, non potest transferri in aliud prædium, nisi consentiente domino fundi servientis, & tunc nova esset servitus. Imo tantum abest, ut possim servitutem meo prædio constitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre possim in aliam mei ipsius prædii partem. *l. ex meo. 24. ff. de serv. præd. rust.* Et hæc quidem ita procedunt in servitute prædio constituta sive formali; ea non potest alteri oppignerari: Cæterum, possum prædio meo rustico servitutem impo-

imponere jure pignoris, id est, pacisci, ut fundus meus creditoris mei fundo serviat, donec pecuniam debitam ei solvero. *l. sed an viæ.* 12. *ff. de pign.* qui textus uti de rusticorum tantum prædiorum servitutibus loquitur, ita & de solis rusticorum prædiorum servitutibus intelligendus est, non etiam de servitutibus urbanis, quia in his diversa ratio est, nempe quod servitutes urbanæ non nisi uni & ei, cui ab initio constitutæ sunt, utiles esse possunt: servitutes rusticæ etiam tertio alicui, quod paulo post plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipso jure (nam servitus prædii ad tempus constitui non potest. *l. 4. ff. de servit.*) sed prætor eam tuetur ob utilitatem contrahentium. *d. l.* 12. *in fin. ff. de pign.* quemadmodum & alias multa tuitione prætoris defenduntur, quæ ipso jure non valent. *d. l. 4. ff. de servit. l. 2. ff. comm. præd. l. si unus.* 27. §. 2. *ff. de pact. l. obligationum.* 44. §. 1. *ff. de oblig. cum similib.* Ex causa autem venditionis sic ab initio quævis servitus tam urbana, quam rustica constitui potest ipso jure. *l. pen.* §. 1. *ff. de contr. empt. l. 3.* §. 2. *ff. de act. empt. l. 6.* §. 5. *ff. eodem.* quibus locis abutitur Cujacius 15. *obs.* 6. ad ostendendum etiam formales servitutes vendi posse sine prædio, cum in iis tantum agatur de causalibus, ut Doctores nostri loqui amant, id est, de constituendis, non de constitutis. Sed nec illud verum est, quod Cujacius pro vero ponit servitutes constitutas posse precario dari, per *l. 3. ff. de prec.* nam illic non agitur de servitute constituta data precario a domino prædii dominantis, sed precario rogata a domino prædii servientis: & hic non tam jus aliquod reale constitui videtur, quam personale. Multo minus idem colligi potest ex *l. 8.* §. 5. *ff. eod.* quippe quæ non de servitute precario rogata loquitur, sed de servitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, servitutes formales, id est, jam constitutæ, sive sint rusticæ, sive urbanæ, pignori dari non possunt: quia sine injuria domini prædii servientis efficere non possum, ut servitus, quæ meo prædio debetur, debeatur etiam prædio mei creditoris. *fac. arg. in l. servitutes.* 20. §. *stillicidium.* 5. *ff. de serv. præd. urb. l. ex meo.* 24. *de serv. præd. rust. l. non debet.* 74. *de reg. jur.* At potest servitus prædii rustici, puta via, iter, actus, aquæductus, pignoris causa ab initio constitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non soluta, liceat creditori eam alii vicino vendere. *d. l.* 12. *ff. de pign.* quia hic nulla fit injuria domino fundi servientis, qui ipse sibi hanc legem dixit. In servitutibus autem urbanis, licet eadem lege constituantur, idem receptum non est. *d. l.* 11. *in fin. ff. eod. junct. d. l.* 12. Ratio differentiæ est, quia unum & idem prædium rusticum eandem servitutem per eundem locum pluribus prædiis præstare potest. *l. qui per.* 15. *ff. comm. præd. l. 2.* §. 1. *ff. de serv. præd. rust.* At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui servitus ab initio constituta est. Jam vero non satis est ad hoc ut pignus servitutis sit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita constituta servitus: sed etiam necesse est, ut hujusmodi pignus possit distrahi, & reperire emptorem. Et ideo Paulus in *d. l.* 12. in hac conventione pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat; verum etiam, ut illud in conventione adjiciatur, ut si pecunia ad diem constitutum soluta non fuerit, liceat creditori servitutem ita sibi pignoris jure constitutam, alteri, vicinum item prædium habenti, vendere. Quippe sine quo pignus esset inutile. *l. 4. ff. de pign. act. l. mulier.* 11. *C. de distr. pign.* At qui creditori habenti ædes vicinas, cui verbi causa concessum est jus tigni immittendi, aut stillicidii, &c. non est alius vicinus, cui ea

servitus usui esse possit. Nam quod ex ædibus suis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex suis ædibus in eandem partem immittendi ullus est usus utilitasve: ac consequenter id certe alter vicinus nunquam empturus est; & alius non vicinus emerit etiam frustra. Fingamus Titium, cum ædes depressas, interjectas inter ædes Gaji & Sempronii haberet, pignoris causa constituisse servitutem altius non tollendi Sempronio, poteritne hæc servitus etiam utilis esse Gajo qui eam propterea empturus sit? Nego Gajum empturum: quia & sine emptione idem consecuturus est. Urbanæ ergo servitutis pignus inutile. At vero jus prædii rustici alii vicino distrahi potest, & is forsan magno id redempturus est, cum possit uno itinere pluribus patere aditus ad fundos suos. *Molin. extric. labyr. de div. & ind. p. 3. n. 311.* usque ad *n. 360. Ant. Fab. 19. conject. 6. & 7. Salmas. de mod. usur. pag. 547. Christin. vol. 2. decis. 177. n. 12. add. Cujacium 15. obs. 6. Duar. 2. disp. 3.* qui nec in totum nobiscum sentiunt, nec in totum a nobis dissentiunt, nec ipsi inter se conveniunt.

CAP. XXXIII.

An is, in cujus ædibus incendium ortum est, teneatur lege Aquilia ad resarciendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

HÆC quæstio ut expediatur, sciendum est, incendia aliquando ad casus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod a fulmine excitatur, aut a grassatoribus & incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet: ac proinde hoc ab inhabitantibus præstandum non est, neque actione locati, in qua culpa tantum levis. *l. 5. §. 2. ff. commod.* neque actione legis Aquiliæ, in qua quidem etiam culpa levissima venit. *l. 44. ff. ad leg. Aquil.* & omissio quoque ac negligentia (quanquam non simplex *l. 13. §. 2. ff. de usufr.* sed quæ admissa in facto præcedente aut concurrente, unde damni causa. *l. si servus. 27. §. si fornacarius. 9. l. quemadmodum. 29. §. 4. & l. seq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. §. præterea. 6. Inst. eod. & ibid. Diod. Thuld. c. 7.*) casus autem fortuiti non veniunt. *§. 3. Inst. d. tit.* quippe qui nec ullo in judicio & a nemine præstantur. *l. si ex legati. 23. ff. de verb. obl. l. 6. C. de pign. act. l. contractus. de reg. jur.* & ita cape locos in *l. si quis. 9. §. 3. l. ex conducto. 15. §. 3. ff. locat. d. l. 23. in fin. ff. de reg. jur. §. 3. Inst. de empt. & vend. & simil.* Incendia autem intrinsecus orta cum culpa conjuncta esse solent, & ideo inter casus fortuitos non numerantur, sed exorta esse præsumuntur culpa inhabitantium. *l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* Quando autem culpa seu negligentia præcedit casum, sola culpa spectatur, non casus. *l. qui occidit. 30. §. 3. ff. ad leg. Aquil. l. cum duobus. 52. §. 3. ff. pro soc. l. 1. §. 4. in fin. ff. de oblig. & act.* quamvis quod negligentia fit, etiam casu fieri interdum dicatur, & casus ponatur pro negligentia. *l. 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. 5. §. ult. l. 11. §. 2. ff. de pœn.* quod notandum est.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præsumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata esse, hinc efficitur, ut nisi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis est præsumptionis juris, ut secundum hanc judicetur, nisi eam labefactaverit adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe

quippe hic onus probandi in adversarium, contra quem est præsumptio, ut nisi contrarium doceat, contra ipsum judicetur. *l. 9. l. 12. l. si chirographum. 24. & l. seq. ff. de probat. l. 16. C. eod. C. requisivisti. 5. ext. de testam.* Itaque ego hactenus adduci non potui, ut verum esse credam, quod D. Andreas Gail. *lib. 2. obs. 21. n. 4.* & ibi allegati pro vero ponunt, necesse esse ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari posse propter rei incertitudinem. Nam cum hæc præsumptio sit adversus omnes & singulos inhabitantes, si hujus præsumptionis vim ullam esse volumus, utique nisi de omnium quoque & singulorum innocentia doceatur, scilicet ignem innoxium ab iis habitum fuisse, aut extrinsecus immissum, sententia certa ferri, & aut paterfam. nomine damni dati condemnari poterit, nisi speciatim de sua diligentia doceat. *l. 11. ff. de per. & comm. rei vend.* aut si plures sint inquilini, æque principales pro indiviso, omnes. *arg. l. ita vulneratus. 51. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Nec ulla lege aut ratione satis firma contrarium probari video. Nam quod de arguendo certi hominis facto dicitur in *l. 6. §. ult. ff. naut. caup. stabul.* id quidem verum est in casu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi causa ubi sunt, aut quorum opera caupo utitur, sunt etiam repentini hospites & viatores, quorum culpam non præstat, etiamsi se innoxium esse non probaverit. *d. l. 6. §. penult.* sicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam excercet, factum præstare debet, & in duplum eo nomine tenetur. *l. ult. §. 1. d. tit.* etiamsi ipse extra culpam sit, tantum ideo, quia culpæ aliquatenus reus est, quod opera malorum hominum præsertim tali in loco utitur, *§. ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex del.* quippe cum etiam publica hic spectetur utilitas, dum securitati prospicitur iter facientium. Sed profecto neutrum horum ad casum nostrum pertinet, ubi paterfam. omnium suorum factum præstat, extra quam si doceat, se in custodiendo igne, eam adhibuisse diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præstare, per textum expressum in *d. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* Quam diligentiam si adhibuerit, utcunque certæ personæ negligentia incendium ortum esse demonstretur, quam circumeundo & inspiciendo, an ignis recte haberetur, præcavere non potuit, ad sarciendum damnum non tenetur. *d. l. 11. de peric. & commod. rei vend.* Nam si is, cujus culpa arguitur, servus est, liberatur dominus noxæ deditione; si liber, ipse tenetur: quia certis tantum casibus simpliciter & præcise culpam suorum paterfamilias præstat, veluti si negligentia ejus ostendatur in ascisendo perdito aut dissoluto. *l. si servus. 27. §. si fornacarius. 9. ff. ad leg. Aquil.* aut si famuli, quorum ministerio navem, cauponam, stabulum exercet, in ipsa navi, caupona, stabulo damnum dederint. *l. ult. pr. ff. naut. caup. stab.* vel eo in actu deliquerint, cui specialiter præpositi. *l. 1. §. ult. ff. de publican. & vectig.* vel ex cœnaculo ejus quid dejecerint, &c. *l. pen. §. 2. ff. de his qui effud.* quanquam hic, si servus id fecit, noxæ deditione dominus defungitur. *l. 1. l. 5. §. 6. d. tit.* Extra hujusmodi casus culpa familiæ dominum non onerat, si de sua diligentia docere poterit. *d. l. 11. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ubi, ut hoc obiter moneam, quamvis D. Hotomannus *lib. 5. obs. c. 10.* pro eo, quod vulgo & in ipso quoque codice Pisano legitur, *cum incendium sine culpa fieri non possit*, legendum putet dempta negatione, *sine culpa fieri possit*, nihil demi necesse est. Movetur Hotomannus, ut negationem expungat, duplici ratione. 1. quia & casu fortuito incendium accidere potest. 2. quia alias sibi contradiceret Jurisconsultus, qui

 mox

mox subjicit, posse incendium fieri sine culpa patrisfam. Utraque ratio indigna tanto viro, id est, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipsis ædibus exorto, non de igne cœlitus immisso aut ab incendiariis excitato: non posterior quia primo ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo versantibus agitur; deinde specialiter de solo paterfam. Nulla autem contradictio est, sed utrumque verum, si dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non posse fieri sine culpa, & tamen posse fieri sine culpa patrisfam. Quod & Cujacius *lib.* 17. *obs.* 29. observavit.

Hinc jam dependet quoque decisio quæstionis, an inquilinus de incendio teneatur locatori, ædium actione locati; de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam si venditor insulæ ante traditionem combustæ nomine damni facti tenetur ex empto, nisi de diligentia sua probaverit: *l.* 1. *ff. de peric. & commod. rei vend.* tenebitur utique & ædium conductor sive inquilinus ex locato, si ædes conductæ incendio consumptæ fuerint, nisi & ipse inculpabilem se esse demonstraverit: quippe cum ratione culpæ eadem sit utriusque præstatio. *l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 23. *ff. de reg. jur.* Atqui, ajunt plerique, etsi incendia præsumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen ista levissimæ tantum culpæ præsumptio est, quam conductor ex natura contractus non præstat. *d. l.* 5. §. 2. *commod.* Respondeo, nec venditor præstat, & tamen nisi diligentiam suam probet, tenetur. Sed neque Jurisconsultus in *l.* 3. §. 1. *ff. de off. præf. vig.* ait incendia præsumi fieri tantum culpa levissima inhabitantium, sed culpa simpliciter & absolute: quoties autem verbum culpæ absolute ponitur, in usu juris nostri fere non alia, quam levis culpa significatur, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 11. *ff. de neg. gest. l.* 5. §. 2. *ff. de in lit. jur. l.* 1. §. *sæpe.* 35. *ff. depos. l. socius socio.* 72. *ff. pro soc. l. in rebus.* 17. *ff. de jur. dot.* & aliis innumeris locis. Levissima autem culpa passim per oppositum indicatur, verbo diligentiæ, aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur. *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. d. l.* 23. *de reg. jur. l. cum res.* 47. §. *pen. de legat.* 1. & uno tantum loco verbum *levissima* expressum reperitur, nempe *l.* 44. *ff. ad leg. Aquil.* Quinimo juris nostri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quam doli & negligentiæ. *l.* 9. *ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium.* 28. §. *incendiarii.* 12. *ff. de pœn.* Denique nec Glossa in §. *præterea. Inst. de obl. quæ re contr.* id dicit, quod ex ea communiter Interpretes colligunt, levem culpam in casu nostro non præsumi, sed levissimam duntaxat, cujus nomine agi non possit: verum levissimam culpam non nocere inculpabilibus, id est, qui omni culpa carent. Quod si aliud senserit Glossa, sine auctoritate & ratione locuta est; ita *Fachin. lib.* 1. *contr. c.* 87. *Moller. lib.* 4. *semestr. c.* 31. ubi ita judicatum refert in consilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. *decis. Neap.* 3. & receptum in scabinatu Lipsensi. vide & *Joan. a Sande lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 9. Dissentiunt *comm. D D. Mynsing.* 6. *obs.* 88. *Gail.* 2. *obs.* 21. *Thulden. comm. ad Inst. tit. de leg. Aquil. c.* 8. *Matth. de Afflict. decis.* 57. Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis sentiunt.

CAP. XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo 30. annorum præscriptione tollantur? & an longi temporis præscriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei possessori?

JUDICIA finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, passim in jure nostro dicuntur duplicia, propterea quod par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet. *l. in tribus.* 13. *ff. de judic. l.* 2. §. 1. *ff. comm. div. l. inter coheredes.* 44. §. *qui familiæ.* 4. *famil. ercisc. l. judicium.* 10. *ff. fin. regund.* eodemque sensu alibi dicuntur mixta. *l. actionis.* 37. §. 1. *ff. de oblig. & act.* Longe vero alio sensu hæ actiones mixtæ dicuntur, sive mixtam causam obtinere a Justiniano, §. *quædam actiones.* 20. *Inst. de action.* nempe quod partim in rem esse videntur, partim in personam: aut utique ita in personam, ut tamen fine & effectu non nihil commune habeant cum actionibus in rem. *l.* 1. *ff. fin. regund. junct. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* Judicium familiæ erciscundæ redditur inter coheredes de dividenda hereditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquæ communes sunt extra causam hereditatis. *l.* 1. *ff. fam. ercisc. l.* 1. *l.* 2. *ff. comm. div.* Finis utriusque judicii, 1. ut recedatur a communione, & suam quisque partem pro diviso consequatur; in quo similitudo actionis in rem: 2. ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet lucri, damni, impensarum nomine, quæ sunt præstationes personales. *l. item Labeo.* 22. §. *pen. famil. ercisc. d. l.* 2. §. 1. *comm. div. l. quibus casibus.* 34. *ff. pro soc.* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad suam normam redigantur, confinique restituatur, quod quis ultra istos fines habet. *l.* 4. *pr. l.* 8. *pr. &* §. 1. *ff. fin. reg.* quo posteriore aspectu & hæc actio pro rei vindicatione est. *l.* 1. *eod. tit.* Quid vero judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, docet nos Justinianus in §. *si familiæ.* 4. & 2. *seqq. Inst. de offic. judic.*

Est porro hoc omnibus mixtis actionibus commune cum puris personalibus, ut triginta annorum præscriptione tollantur. *l.* 7. *C. de pet. hered. l.* 3. *C. de præscr.* 20. *annor. l. ult. C. fin. reg. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* ubi Justinianus inter actiones personales, quas omnes jubet triginta annorum spatio finiri, nominatim etiam recenset hasce tres familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum; quanquam hæ pure personales non sunt, sed aliquid de natura actionum in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Procedit autem hæc 30. annorum præscriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut coheredibus consortibusve possidet: tunc enim alter, qui non possidet, post 30. annor. curriculum has actiones movere non potest, & ita capienda loca modo adducta. Quod si duo communes fines, communemve herditatem, aut rem singularem communem possideant, etiamsi per 30. annos in hac communione manserint, potest alter adhuc eorum, qui diutius in communione permanere non vult, ad divisionem provocare, atque eo nomine supra scriptis actionibus experiri. Ratio est, quia ne pacto quidem effici potest, ut nunquam

 liceat

liceat a communione recedere. *l. in hoc judicium.* 14. §. 2. *ff. comm. div. l. ult. C. eod. l. nulla.* 70. *ff. pro soc.* Quod autem nulla conventione effici potest, id nec ullo temporis lapsu fieri debet. Est & altera ratio, nempe quod nulla hoc casu negligentia, in qua fundantur præscriptiones, intervenire potest. Nam quamdiu stamus in communione & simul possidemus, alter alterum pro consorte aut confini habet & recognoscit, eoque præscriptio currere non potest: siquidem singulis pro indiviso possidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem usucapiat, aut alterum lapsu temporis ob negligentiam excludat. Affert & aliam rationem D. Bronchorstius *cent.* 2. *assert.* 14. post Costalium in *l.* 1. *ff. fam. ercisc.* quod præscriptio actionum non ante currere incipit, quam ex quo natæ sunt: actionem autem familiæ erciscundæ, &c. non ante nasci, quam coheredes ad divisionem hereditatis provocare cœperunt. Quod dicit præscriptionem non currere nisi postquam actio nata est, verum est: sed falsum & ridiculum, quod ait, tum demum nasci actionem familiæ erciscundæ, quando coheredes a communione discedere volunt. Imo nisi jam ante nata esset ex communione inter eos constituta & quasi ex contractu §. 3. & 4. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr.* frustra eam intentarent aut provocarent ad divisionem. Et quæso qualis hæc collectio est, discedere a communione volentibus datur actio familiæ erciscundæ, *l.* 1. *ff. fam. ercisc.* ergo eodem demum tempore nascitur? Si ista collectio bona est, etiam hæc bona erit, volenti repetere depositum, commodatum, &c. datur actio depositi aut actio commodati, ergo non ante actiones istæ nascuntur, quam volet repetere: & in universum dicendum erit, nullam actionem prius nasci, quam cum quis ea experiri volet: nemo enim nisi volens agit. *tit. C. ut nem. inv. ag. vel. accus. cog.*

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex heredibus possidet, contra alios procederet præscriptio, quamdiu ad divisionem non provocarent: cujus tamen contrarium ipse quoque Bronchorstius asserit. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo ergo dicimus. 1. Quamdiu singuli confinium vel heredum aut sociorum communiter possident, & alter alterum ut confinem, coheredem, consortemve agnoscit, nullam hic dari superiorum actionum præscriptionem, propter rationes supra memoratas. 2. Ubi unus tantum possidet, triginta annorum silentio easdem actiones excludi: inter quas etiam numeravimus actionem finium regundorum, per textus rotundos in *l. ult. C. fin. reg. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* Sed duo hic nobis objiciuntur loci. Primus est *l. pen. C. fin. reg.* ubi imperatores ajunt, submotam esse quinque pedum præscriptionem in judicio finium regundorum. Unde dicendum videtur, nulla præscriptione, quantumvis longissimi temporis actionem de finibus regundis posse toli. Verum longe aliud est, quod Imperatores ibi significant & constituunt. Confirmant nimirum legem 12. tabular. & legem Mamiliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros spatium quinque pedum relinqueretur a cultura vacuum, ut illac ire sine alterius incommodo agri colendi causa, & aratrum circumducere uterque dominus posset. Hoc spacium appellatur gradus in *l.* 3. *ff. de term. mot.* neque id spatium usucapi aut præscriptione acquiri per legem 12. tabularum aut legem Mamiliam potuit, teste Cicerone *lib.* 1. *de legib.* propterea credo, quod ut res meræ cujusdam facultatis quinque isti pedes inter confines agros inculti relinquebantur. per *l.* 2. *ff. de via publ.* Hanc utramque legem Imperatores in *d. l. pen. C. fin. regund.* confirmarunt.

Quod

Quod si vero ultra illos quinque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus est judicio finium regundorum, nisi ea actio triginta annorum præscriptione sublata sit, nempe si tam diu vicinus fines limitesque agri sui quiete & sine interpellatione judiciali possederit, de qua re bene & docte disserentem vide Andream Alciatum *lib. de quinque ped. præscript.* Alter locus est *l.2. §. cum Stichum. 6. vers. sed si fundus. ff. pro empt.* cui geminus in *l. qui fundum. §. 1. ff. eod.* ubi ex contrario statui videtur actioni finium regundorum etiam longo tempore præscribi 10. vel 20. annis. Sed facilis hic responsio est, nempe casum ibi poni, quo is, qui emit & pro emptore possidet, nunquam fuit confinis, sed statim fundum amplioribus finibus possedit: quo casu cum non de finibus regundis lis sit, sed de proprietate partis fundi, procedit usucapio seu longi temporis præscriptio.

Quid vero si aliquis bona fide justoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem solus possederit, an non ille saltem partem confinis aut consortis, qui non possedit, dicendus est usucepisse aut longi temporis possessione quæsivisse? Respondeo, ne hoc quidem dici posse ex iis, quæ jam dicta sunt, satis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide, possidet, ita tamen eam possidet, ut personali sive mixta actione communi dividundo, familiæ erciscundæ, aut finium regundorum conveniri possit: quas actiones non nisi triginta annorum præscriptione tolli supra demonstratum est. Imo nec petitioni hereditatis breviori spatio præscribitur, quæ tamen in rem actio est, & tantum ob præstationes personales, quæ non officio judicis, sed jure actionis in eam veniunt, mixta personalis dicitur. *l. 7. C. de petit. hered.* Non obstat, quod longo tempore dominium quæri dicitur: quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis est, propter naturam personalis aut mixtæ actionis: siquidem bona fides possessoris sive rei conventi ..fficere non potest, quo minus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura sua aut lege habet. per *d. l. 7. C. de petit. hered.*

CAP. XXXV.

Quomodo inter fratres instituto familiæ erciscundæ judicio dividenda hereditas?

INSTITUTO forte inter fratres familiæ erciscundæ judicio quæritur, quomodo divisio a judice expedienda sit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat; an vero solius judicis arbitrio facienda sit? Priorem sententiam amplectuntur Canonistæ tanquam auctoritate juris Canonici nixam: posteriorem plerique Legistarum sive interpretum juris civilis sequuntur, ut consentaneam legibus civilibus: quæ & nobis iisdem legibus consentanea esse semper visa est. De posteriore prius dicam, mox visurus an quid secus jure Canonico constitutum sit. Igitur posterior illa quæ legistarum & nostra sententia est, hanc rationem habet, quod ubi semel judicis officium implorari cœpit, & causa in judicium deducta est, quicquid illud est, quod in judicio illo continetur, cognitioni judicis permittendum & relinquendum sit. *l. ædiles. 25. §. item sciendum. 8. ff. de ædil. edict.* Judicium autem familiæ erciscundæ non aliam ob causam instituitur, quam ut judex res singulas pro sua animi religione singulis heredibus adjudicet, utique si res ipsæ sine incommodo dividi non possint.

Unde

Unde in hoc judicio dicuntur fieri adjudicationes. Quod notandum. Quod si ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum judex eum, cujus pars præponderat, vicissim in certam summam pecuniæ condemnare debet ei, cujus pars minor est, ut æqualitas per omnia conservetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes. §. 4. *Inst. de offic. jud. l. Mævius.* 52. §. 2. *l. si familiæ.* 55. *ff. fam. ercisc.* Nulla hic divisio uni e coheredibus, nulla electio alteri permittitur. *Fac. l.* 1. *pr. l.* 2. *pr. ff. eod.* §. *quædam actiones.* 20. *Inst. de actionib.* Frustra autem hic objicitur *l. un. C. de his qui se defer. lib.* 10. quoniam quod ibi constituitur, jus est singulare, & invitamentum ad deferenda & fisco nuncianda tacita fideicommissa. Quod ut intelligatur, sciendum est, cum heres clam fidem suam accommodat, puta per domesticam cautionem vel chirographum ut hereditatem incapaci restituat, hoc dici fideicommissum tacitum, atque id heredi ablatum vindicari fisco. *l. in tacitis.* 103. *ff. de legat.* 1. *l. in fraudem.* 10. *ff. de his quib. ut indign. l.* 3. *pr. &* §. 3. *ff. de jur. fisc. l.* 1. *C. de delator. lib.* 10. Quo autem magis de hujusmodi tacita fideicommissa fisco nuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari; & quidem, qui alios deferunt, certam partem eorum, quæ denunciarunt, ferre, veluti quartam aut octavam. Qui vero se ipsos, siquidem sit heres, a quo tacite fideicommissaria hereditas relicta est, incapaci, pro præmio tertiam partem assis accipere: si is, cui ipsi tacite relicta, profiteatur se capere non posse, dimidiam ei partem præmii vicem dari. *l. edicto.* 13. *l. pen. ff. de jur. fisc. d. l. un. C. de his qui se defer.* Putaverunt Principes ampliori præmio, provocandos esse eos, qui se, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quisque se ipsum defert, eo majore quoque præmio invitandum esse: ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommissario, quam heredi. Porro cum nec uxori recte tacitum fideicommissum relinqueretur, propterea quod & ipsa ex lege Papia decimaria incapax esset. *l. ult. pr. ff. de his quib. ut indign. junct. l.* 2. *C. de infirm. pœn. cœlib.* (ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Constantinus in *d. l. un. C. de his qui se defer.* uxori semetipsam deferenti non tantum partem dimidiam relicti, verum etiam electionem & optionem partis, divisione a fisco facta loco præmii concessit. Quid vero hoc ad divisionem a judice faciendam inter coheredes de dividenda communi hereditate judicio familiæ erciscundæ contendentes, ubi tota res cognitioni & divisioni judicis permittitur? Neque vero, hic sive par sive inæqualis divisio facta sit, sorti res committenda erit, ut male etiam plerique Legistarum putant, Jas. post alios in *l.* 3. *C. comm. de legat. Fachin. lib.* 6. *cont. c.* 37. *Bronch.* 1. *miscell. assert.* 52. sed adhuc adjudicatione & in divisione impari adjudicatione & condemnatione res transigenda est. Nunquam enim in jure nostro sorte res dirimi debet, ubi negotium animi judicio explicari potest. *l. sacris.* 47. *sub fin. pr. C. de SS. eccles. l.* 8. *ff. de pact.* ubi prætor partes suas interponit, quia sciri potest, quid in casu illic proposito sit æquius, nimirum ut mitior sententia prævaleat. Simile exemplum est in §. 1. *vers. si autem ipsi. Inst. de satisd. tut.* ubi item prætor partes suas interponere jubetur, quoniam causa cognita discernere potest, quis ex tutoribus administrationi magis sit idoneus. *l. testamento.* 17. §. 1. *&* 2. *cum l. seq. ff. de test. tut.* Quod si res animi judicio discerni aut expediri nequeat, tunc ex necessitate devenitur ad sortem: veluti si duo coheredes ad judicium provocent, uter eorum partes actoris sustinere debeat, sorte discerni solet, quia aliter res explicari nequit. *l. sed cum.* 14. *ff. de judic.* Pari ratione si plures legatarii, quibus optio legata, aut unius plures heredes circa electionem dissentiant, controversia sorte dirimen-

menda eſt, quia ſcilicet nullæ hic partes prætoris. *l. 3. pr. C. comm. de legat. §. optionis. 23. Inſt. de legat.* Simile exemplum in *l. generaliter. 24. §. quid ergo. 17. ff. de fideic. libert.* Atqui nihil tale occurrit in judicio familiæ erciſcundæ: quippe cum ſemper in impari adjudicatione ad æqualitatem diviſio revocari poſſit mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obſtat *l. 5. ff. fam. erciſ.* ubi in caſu, quo omnes ex iiſdem partibus heredes ſunt, nec inter eos convenit, apud quem cautiones hereditariæ eſſe debeant, ſortiri eos oportere reſpondetur. Nullum enim iſto caſu officium judicis intercedit, ſed totum id inter ipſos coheredes citra judicium tranſigitur. per *l. 2. §. ult. l. 4. pr. ff. l. 6. C. fam. erciſc.* Eodemque fere modo reſpondendum eſt ad *l. 2. C. quand. & quib. quart. pars. lib. 10.* nam & ibi nullum officium judicis intervenit, ſed juſſu legis extra judicium partes fiunt, & ſors definit, cujus electio eſſe debeat. Erratque adeo Jaſon cum iis, quos ſequitur in *l. 3. C. comm. de legat.* contendens etiam in judicio diviſorio familiæ erciſcundæ ſorte rem expediendam eſſe, *arg. d. l. 2. C. quand. & quib. quart. pars.* Plane poteſt ex conventione inter coheredes quocunque modo diviſio fieri, nempe vel per ſortem, vel, ut major dividat, minor eligat. Cæterum nihil id ad quæſtionem hanc, quæ eſt de officio judicis, apud quem familiæ erciſcundæ agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canoniſtæ autem aliter ſtatuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere debere, minorem vero eligere. Non habent tamen Canoniſtæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo ſententiam hanc confirment. Nam in *c. 1. de paroch. & alien. parochian.* quod unum allegant, agitur tantum de Epiſcopo ob hæreſin Donatiſtarum ante remoto, & ad eccleſiæ unitatem poſtea reverſo, quem Pontifex vult in partem admitti prioris ſui Epiſcopatus jam alteri Epiſcopo dati, & diviſionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in epiſcopatu fuit: alter autem, qui breviore tempore eum tenuit, eligat. At hæc diviſio fit ſine judicibus, quia viſum fuit non eſſe ex dignitate Epiſcopos ad arbitrum mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex *cap. 13. Geneſ.* Sed nec inter Abrahamum & Lothum diviſio in judicio facta fuit, neque illi coheredes erant: verum Abrahamus per modeſtiam Lotho fratris ſui filio, qui minor ætate erat, permiſit, ut vel in dextram vel ſiniſtram diſcederet, quo vellet, & alterum latus ſibi relinqueret. Et quamvis Auguſtinus *lib. 16. c. 20. de civit. Dei.* relata hac hiſtoria ſubjicit, hinc fortaſſis effectam eſſe inter homines pacificam conſuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum eſt, major dividat, minor eligat: tamen inde non ſequitur hoc locum habuiſſe in judicio familiæ erciſcundæ: ſed hoc tantum inde colligere eſt, in pacifica bonorum diviſione, id eſt, extrajudiciali, hunc morem plerumque obſervatum. Atque eodem modo explicandum illud Senecæ *lib. 6. declam. 1. Major frater dividat, minor eligat.* Cæterum Canoniſtarum ſententiam in Camera Imperiali receptam eſſe tradunt *Mynſing. 4. obſerv. 37. & Gail. 2. obſ. 116. n. 12. Schurff. cent. 1. conſ. 71.* & ſecundum eam reſpondit Æmilius Ferretus *conſil. 1.* quem laudat & ſequitur Coſtalius in *l. 1. ff. fam. erciſc.* & ſic quoque Senatum Sabaudiæ cenſuiſſe *Ant. Fab. Cod. ſuo for. deciſ. 2.* & Mechlinienſem Chriſtinæus *vol. 2. deciſ. 180.* referunt. Ac conſuetudine eandem opinionem receptam eſſe teſtatur Guido Pap. *quæſt. 280.* quanquam Ranchinus & Bertrandus nolunt credi huic Guidonis teſtimonio, quoniam aliud jure deciſum eſt: at enim ubi de conſuetudine conſtat, nemo eſt, qui dubitet, quin inveteratus uſus fori pro lege habendus ſit.

CAP. XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est ex causa societatis?

COMMUNIO rerum vel ex conventione inducitur, quæ communio proprie societas dicitur, & ex contractu est: vel citra conventionem, veluti si duobus eadem res legata aut donata sit. *l. ut sit. 31. ff. pro soc.* quæ communio quasi ex contractu nascitur. §. 3. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc.* quanquam & hi nonnunquam socii appellantur. In utraque autem communione locus est judicio communi dividundo. *l. 2. ff. comm. divid.* quo judicio hoc agi constat, tum ut sua cuique parte adjudicata a communione discedatur; tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. *l. 3. l. 4. §. 3. ff. eod. tit.* unde est, quod hæc actio mistam causam obtinere dicitur tam in rem, quam in personam, sicut & actio familiæ erciscundæ & finium regundorum. §. *quædam actiones. 20. Inst. de action.* At actioni pro socio in utraque communione locus non est, sed tantum in ea, quæ est ex contractu, in consortio voluntario seu societate sic in usu juris proprie dicta. *ff. & C. pro soc.* quæ actio tota personalis est, non mixta, de quo inter omnes convenit. Illud autem quæsitum memini, an quemadmodum actione communi dividundo agitur tum ad rerum communium divisionem, sive communes sint cum societate, sive sine societate; tum ad personales illas, quas dixi, præstationes; ita etiam inter eos, quorum res communis est ex causa societatis agi possit actione pro socio tam ad res dividendas, quam ad personales invicem præstationes. Et dubium quidem nullum est, quin actio pro socio pertineat ad præstationes personales, quas ratio societatis & natura contractus inducit. *l. 1. ff. comm. divid.* sed illud quæritur, an duntaxat eo pertinet, an vero & ad rerum divisionem? Communis sententia est, socios ad rerum communium divisionem non tantum communi dividundo judicio agere posse, sed etiam judicio societatis.

Firmamenta hujus sententiæ sunt hæc. 1. quia actio pro socio est rei persecutoria: *l. sed actione. 50. ff. pro soc.* nemo autem dubitat, quin eo nomine veniat & res communis. 2. quia altera actio alteram tollit. *l. pro socio. 38. §. 1. pro soc.* unde recte colligitur tantundem in utraque prius fuisse. 3. quia judicio societatis ab uno adversus alios instituto distrahitur societas, quasi tacita quadam renuntiatione. *l. actione. 65. pr. ff. eod. tit.* At hoc cum fit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua divisio. 4. quia Jurisconsultus in *l. 1. ff. comm. divid.* non simpliciter ait actionem pro socio ad personales invicem præstationes pertinere, non ad communium rerum divisionem; sed συγκριτικῶς seu comparative, magis eo pertinere, quam ad rerum divisionem. Ergo utique etiam ad rerum divisionem pertinet, licet non principaliter, ut judicium communi dividundo, sed per consequentiam duntaxat. Quasi hic sit istius loci sensus, in judicio communi dividundo venire præstationes personales per consequentiam, principaliter autem id agi eo judicio, ut res dividantur: contra autem judicium societatis principaliter pertinere ad præstationes personales, ad rerum divisionem tantum per consequentiam. Atque hisce quatuor argumentis communem sententiam adstruit & satis probari putat Valent. Reimerus *quæst. jurid. dec. 11. thes. 5.*

Cæterum

Cæterum apud me hæc tanti non sunt, ut in istam me sententiam trahere queant. Et magis est, ut ad rerum divisionem actio pro socio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur divisio; sed tantum actione communi dividundo. Etenim differunt hæ duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine judicii. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est nisi de re adhuc communi. *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* At pro socio actio fere non est nisi de rebus, quæ communes non sunt, ut in commune redigantur; *l. cum duobus. 52. §. idem Papinianus. 8. l. si societatem. 73. & l. seq. ff. pro soc.* aut si est de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, sed ut conferatur in medium; v. c. potest actione pro socio agi de re communi, quæ sit apud unum ex sociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit. *l. rei communis. 45. ff. eod.* non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, sed ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriusque judicii dissimilis. Communi dividundo actio eo principaliter pertinet, ut res communes inter consortes dividantur atque a communione recedatur, sequuntur deinde & præstationes personales, quibus alter alteri propter communionem rerum est obnoxius. *l. 3. pr. ff. comm. divid. §. quædam actinones. 20. Inst. de action.* At actio pro socio tantum est de personalibus præstationibus extra divisionem positis, & ideo ad divisionem non pertinet. *l. 1. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. si actum. 43. ff. eod.* ubi ait, actionem pro socio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quisque personali actione aliis debet. *l. servum. 44. §. eum qui. 5. & seq. ff. de legat 1. l. qui chirographum. 59. eod. 3.* Itaque quod dicit actionem pro socio nominum rationem habere, nihil aliud est, quam in hanc actionem venire præstationes personales earum rerum, quas socius socio debet. Quod autem dicit actionem pro socio non admittere adjudicationem, eo aperte significat eam actionem non spectare ad rerum divisionem. Nulla enim divisio rerum, quæ judicio petatur, esse potest sine adjudicatione aut partium a judice discretarum, quarum singulæ singulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non potest, uni adjudicari debet cum mutua ejusdem condemnatione. *§. 4. & seq. Inst. de off. jud.* Atque hinc est, quod sublata communione actio communi dividundo simul tollitur, *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* neque enim potest peti rei communis divisio, ubi nulla res est communis: nec agi de præstationibus personalibus eo judicio, quod una cum rei communione sublatum est. At sublata societate nihilominus adhuc agi potest de iis quæ durante societate contracta. *l. omne æs. 27. l. nemo. 35. cum simil. ff. pro soc.* imo & communione sublata judicio communi dividundo poterit nihilominus de iisdem præstationibus agi actione pro socio, nisi & de his actum communi dividundo. *l. pro socio. 38. §. 1. ff. eodem.* Cum itaque actione pro socio tantum agatur de præstationibus personalibus, aut ut res, quæ communes non sunt, in commune redigantur; de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, sed ad hoc solummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quisque sociorum partem in his pro diviso consequatur, quod sine adjudicatione, quam actio pro socio non admittit, obtineri nequit, ut superius plenissime probatum est, hinc efficitur & liquet perspicue, actionem pro socio ad divisionem rerum non pertinere.

Restat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis responsio est, nempe non sequitur, actio pro socio est rei per-

secutoria: ergo etiam persequitur rem communem tanquam communem, ut ea dividatur: sed hoc solum, ergo ea non agitur ad pœnam, seu quod in eam venit, res est & id, quod ex patrimonio nobis abest, *l. in honorariis. 35. ff. de obl. & act.* non pœna: ut intelligamus eam ex ante gesto non heredibus tantum: sed etiam in heredes dari. *per vulg.* Quod secundo ajunt, actione communi dividundo consumi actionem pro socio & retro, falsum est, & contrarium aperte responsum ab Ulpiano, *l. si actum. 43. ff. pro soc.* nempe si actum sit, communi dividundo, non tolli actionem pro socio, cui non obstat locus Pauli, quem proferunt ex *l. pro socio. 38. §. 1. ff. eod.* nam ex ipsis Pauli verbis patet, eum loqui non de rerum divisione, de qua alterutro horum judiciorum actum sit, sed tantum de præstationibus personalibus, de quibus ait, si actum sit communi dividundo, tolli actionem pro socio; & contra si actum sit pro socio, de iisdem præstationibus agi non posse communi dividundo. Hinc autem minime sequitur, facta sola rerum divisione in judicio communi dividundo tolli actionem pro socio, quæ ad divisionem non pertinet, sed ad personales invicem præstationes duntaxat. *d. l. si actum. 43. ff. eod.* nec si actum sit pro socio, tolli actionem communi dividundo respectu præcipuæ petitionis hujus judicii ut scilicet res communes dividantur, & singulis in his sua pars pro diviso adjudicetur. In tertio argumento manifestus error est παρὰ τὸ ἑπόμενον. Nulla enim consequentia est, actione pro socio distrahitur societas, quasi tacita renuntiatione: ergo ea actione & rerum communium intenditur divisio: siquidem renuntiatio non alio directo tendit, quam ad dissolutionem societatis: qua soluta nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus est judicio communi dividundo. In quarto & postremo, quod sumitur ex verbis *l. 1. ff. comm. divid.* & cæteris videtur speciosius, vitium est παρερμηνείας. Nam quod ibi Paulus ait, pro socio actionem magis ad personales invicem præstationes pertinere, quam ad rerum communium divisionem, id non συγκριτικῶς, ut vulgo, sed θετικῶς non comparative, sed elective ab eo dici intelligendum est: ut hæc sit jurisconsulti sententia, si quæratur, an actio pro socio pertineat ad utrumque caput, an vero ad actiones personales tantum? magis, id est, potius dicendum sit, non pertinere ad utrumque, sed tantum ad præstationes personales: qua forma loquendi nihil est apud nostros usitatius. *l. 6. §. 3. ff. si serv. vind. l. plenum. 12. §. 2. ff. de us. & habit. l. si vero. 12. §. cum quidam. 12. l. inter causas. 26. §. non omnia. 6. ff. mandat. l. 5. §. is quoque. 3. ff. de oblig. & act. & similib.* ita post Glossam Charundas & Pacius ad *d. l. 1. Donel. comm. 13. c. 7.* eademque videtur esse sententia Oldendorpii *class. 4. act. 21. §. 6. n. 11.* & Bachovii notantis Wesembecium *parat. ff. pro soc. n. 12.* Quibus omnibus adde, quod si dicamus actionem pro socio etiam pertinere ad rerum divisionem, atque ea quoque actione partem suam quemque persequi, ad instar ejus, qui vindicat, quam partem & divisione rei consequatur, actio pro socio non minus mistam causam obtinebit, tam in rem, quam in personam, & mixta dicenda erit, quam actio communi dividundo, *arg. §. quædam. 20. Inst. de action. l. 1. ff. fin. regund.* quod tamen ne contrariæ quidem sententiæ auctores ausint affirmare.

CAP.

CAP. XXXVII.

An actio negotiorum gestorum elective concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciscundæ?

QUÆSTIO hæc nata est ex locis in speciem contrariis. Nam in *l. filiæ.* 18. §. 1. C. *fam. ercisc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus rescribunt tanquam de re non ambigua, sumptis in communi hereditate ab uno bona fide factos familiæ erciscundæ judicio vel negotiorum gestorum actione servari posse. Et in eandem sententiam Divi Severus & Antoninus, solutum pro coherede actione negotiorum gestorum vel familiæ erciscundæ posse repeti. *l. 3. C. de neg. gest.* Contra in *l.* 18. §. *ult. ff. fam. ercisc.* in eadem specie datur sola familiæ erciscundæ. Et in *l. Mævius.* 52. §. 1. *ff. fam. ercisc.* ubi servus liber & heres esse jussus coheredibus suis id, quod apud eum reliquum est ex administratione rationum domini, non alio judicio præstat, quam familiæ erciscundæ. Cui loco iterum e diametro videtur obstare *l. pen. vers. earum autem summarum. ff. de reb. cred.* ubi Africanus negat eo nomine competere coheredibus servi actionem familiæ erciscundæ: sed ait negotiorum gestorum dari debere. Sic in simili, ut videtur, casu, Labeo actionem familiæ erciscundæ dat, *l. fistulas.* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* quo Impp. in *l. in familiæ.* 20. *C. famil. ercisc.* actionem negotiorum gestorum dari debere, non familiæ erciscundæ respondent. Ne quis autem putet nihil aut parum interesse, qua actione consors contra consortem experiatur, negotiorumne gestorum, an familiæ erciscundæ, communive dividundo, is scire debet non esse easdem horum judiciorum præstationes. Nam judicio communi dividundo & familiæ erciscundæ consors consorti heresve coheredi non obligatur ad præstandam exactissimam diligentiam, ut etiam nomine levissimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum negotiorum gestorum judicio tenetur gestor domino negotiorum. §. 1. *in fin. Inst. de oblig. quæ quas. ex contr.* sed levis duntaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præstet, qualem in suis rebus. *l. heredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *ff. famil. ercisc.* Quomodo ergo loca superiora ἐναντιοφανῆ conciliabimus? Adhibita nimirum distinctione, ut siquidem heres vel socius in re communi negotium individuum gessit, locus sit actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo; si dividuum, actioni negotiorum gestorum. Individuum autem negotium intelligimus, quod cohæres aut socius, non potest pro sua tantum parte gerere. Dividuum contra quod pro sua quisque parte gerere potest. Hanc distinctionem & conciliationem nobis suppeditant *l. 6. §. 2. vers. cæterum. ff. comm. divid. l. heredes.* 25. §. *si unus.* 15. *& seq. fam. ercisc. l. si communes.* 40. *ff. de neg. gest. l. fistulas.* 78. §. 2. *ff. de contr. emp.* Igitur ubi unus e coheredibus rem communem vendidit & prætium percepit, cum eo non est coheredi actio familiæ erciscundæ, sed aut mandati, si mandatum præcessit, aut negotiorum gestorum, si coheres ratam habuerit venditionem, quia suam solius partem vendere potuit. *l. in familiæ.* 20. *C. fam. erc.* Similiter, si pro communibus ædibus damni infecti vicino in solidum cavero, negotiorum gestorum actione, non communi dividundo judicio, quod præstiti, petere debeo: quia potui partem meam defendere sine parte socii. *d. l. si communes.* 40. *ff. de neg. gest.* Ex contrario, si unus ex coheredibus noxali judicio servum hereditarium

rium defenderit, & litis æstimationem obtulerit, cum hoc expediret; aut si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitteretur, quia hæc pro parte expediri non possunt, judicio familiæ erciscundæ est locus non negotiorum gestorum. *l. heredes.* 25. §. *si unus.* 15. *ff. fam. erc.* Pari ratione, si unus e coheredibus debitum hereditarium solverit, ne pignus veniret, familiæ erciscundæ judicio experietur, quia pignoris obligatio est individua. *l. his consequenter.* 18. §. *ult.* & *d. l.* 25. §. *idem observatur.* 14. *eod.* Eandem ob causam & in specie *l. fistulas.* 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* non negotiorum gestorum, sed familiæ erciscundæ agitur, ut in fine §. indicat ipse Jurisconsultus. Nulla vero pugna est inter *d. l. Mævius.* 52. §. 1. *ff. fam. ercisc.* & *d. l. pen.* §. *earum autem summarum. ff. de reb. cred.* quarum in illa etiam nomine negotii dividui a servo coherede gesti datur coheredibus ejus actio familiæ erciscundæ: in hac eodem nomine sola negotiorum gestorum. Nam in illa casus proponitur, quo pecuniæ ex administratione gesta vivo domino, reliquæ erant in hereditate mortis tempore, & proinde non alio judicio, quam familiæ erciscundæ earum summarum nomine servus apud quem reliquæ sunt, coheredibus tenetur. At in hac species proponitur contraria, quando scilicet servus pecunias a debitoribus Calendarii exegit demum post domini mortem, quo casu cum potuerit suam solius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, sola negotiorum gestorum actio adversus eum nomine exactarum summarum coheredibus competit, ita recte Costalius & Cujacius post Glossam in *d. l. pen. Bronch. cent.* 2. *assert.* 13. Quod si ratio hujus distinctionis quæratur, ea non est usque adeo obscura. Nam cum coheres vel consors negotium individuum gessit, creditur id fecisse, tanquam coheres aut consors potius, quam alius quilibet, propterea quod id gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: & ideo hic locus est actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo. Quod si non propter partem suam causam gerendi habuit, sed cum eam per se recte administrare posset, nihilominus totam rem communem administravit, hoc casu partem coheredis aut socii sui administrasse intelligitur tanquam amicus & negotiorum gestor, ratione nimirum contraria: itaque hic actio negotiorum gestorum duntaxat competit. *l. heredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *ff. fam. ercisc. l.* 6. §. 2. *ff. comm. divid.*

Poteramus jam hinc discedere, nisi negotium nobis facesserent *l. filiæ.* 18. §. 1. C. *fam. ercisc.* & *l.* 3. C. *de neg. gest.* initio hujus capitis a nobis allegatæ: & denique *l. liberto.* 31. §. *ult. ff. eod. tit.* in quam, dum hæc scribo, forte incidi. In *d. l. filiæ.* §. 1. Imperarores simpliciter rescribunt, non esse ambiguum, quin sumptus ab uno bona fide facti in communi hereditate servari possint vel familiæ erciscundæ judicio, vel actione negotiorum gestorum: quibus verbis videntur ei, qui sumptus fecit, potestatem concedere eligendi, qua actione experiri malit, sine ulla distinctione negotii quod gestum est, utrum eos sumptus pro parte sua tantum facere potuerit, nec ne. Respondemus, quod illic ab Imperatoribus omissum est, sumendum esse ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in casu suo habili: nempe ut sumptus servari possint judicio familiæ erciscundæ in negotio individuo, veluti si ædes communes fulsit, &c. actionem autem negotiorum gestorum in negotio dividuo, veluti si æs alienum hereditarium solvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit. *l.* 3. C. *de neg. gest. l. si communes.* 40. *ff. de neg. gest.* Evertere autem totam hanc distinctionem videtur locus in *d. l.* 3. C. *de neg. gest.* in cujus loci casu secundo datur

cohe-

coheredi, qui pignus liberavit, vel familiæ erciſcundæ actio, vel negotiorum geſtorum. Atqui pignus pro parte liberari non poteſt. *l. 1. l. 2. C. ſi un. ex plur. her. cred.* ac proinde, ſi vera eſt diſtinctio ſupra poſita, dicendum erat hoc caſu non actionem negotiorum geſtorum, ſed ſolam familiæ erciſcundæ, competere, ſicut ab Ulpiano in tali ſpecie reſponſum eſt. *l. his conſequenter.* 18. *§. ult. l. heredes.* 25. *§. idem obſervatur.* 14. *ff. fam. erciſc.* Cæterum non eſt quod hac objectione moveamur. Duplex in *d. l. 3. C. de neg. geſt.* proponitur caſus: unus, ubi totam pecuniæ ſummam coheres ſolvit, pro qua nullum pignus datum erat; quo caſu ſola datur actio negotiorum geſtorum: quia negotium dividuum eſt, ubi pecunia ſine pignore debetur. *l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox ſequitur, eſt, cum pro communi debito hereditario pignus datum eſt. Quia autem pignoris obligatio eſt individua, non poteſt unus e coheredibus ne quidem ex parte illud liberare pro ſua tantum parte ſolvendo. *l. 1. l. 2. C. ſi un. ex plur. hered. cred.* Porro in hoc poſteriore caſu diſtinguendum eſt, utrum hereditas jam ante diviſa ſit judicio familiæ erciſcundæ, & nihil commune remanſerit, nec ne. Priore caſu ex neceſſitate datur actio negotiorum geſtorum; quoniam neque familiæ erciſcundæ judicium iterum intentari poteſt. *l. ſi filia.* 20. *§. familiæ.* 4. *ff. famil. erciſc.* neque locus eſſe poteſt judicio communi dividundo, ubi nihil remanſit indiviſum. *l. 1. ff. comm. divid.* Poſteriore caſu ubi hereditas nondum diviſa eſt, ſola competit actio familiæ erciſcundæ: quam diſtinctionem locus ipſe ſuggerit. Nam prior caſus eſt in verſ. *ſive pignoris liberandi.* uſque ad illum *vel judicio.* argumento a contrario verborum ſequentium ſenſu. Poſterior continetur his verbis, *vel judicio familiæ erciſcundæ, ſi non eſt inter vos redditum.* Locus ultimus, qui huic noſtræ & communi diſtinctioni objicitur, eſt *l. liberto.* 31. *§. ult. ff. de neg. geſt.* ubi ei, qui in defenſione communis aquæ, id eſt, ſervitutis aquæ ſive ducendæ ſive hauriendæ, ſumptus fecit, non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum actio datur: cum tamen ſervitutes prædiorum ſint individuæ. *l. 72. ff. de verb. obl.* & ideo ſecundum diſtinctionem ſupra poſitam non negotiorum geſtorum, ſed communi dividundo actio dari deberet. Ant. Faber ad hunc locum in *rational.* reſpondet potuiſſe ſocium partem ſuam communis aquæ ita defendere, ut tamen ſocii ſui partem defendere non cogeretur: etſi enim ſervitus per partes acquiri non poteſt, tamen per partes poſſe retineri. *l. 8. §. 1. ff. de ſerv. l. ſi quis.* 30. *§. 1. ff. de ſerv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per ſe juris prædii communionem eſſe, & ideo hic non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum agendum per textum expreſſum in *l. arbor.* 19. *§. 2. ff. comm. div.* Communem autem aquam in *d. l. liberto. §. ult. de neg. geſt.* appellari, quæ prædio communi debebatur.

CAP. XXXVIII.

An in judicio familiæ erciſcundæ abſolutio & condemnatio facienda in perſonis omnium?

SI in libello plures res ſeu plura capita comprehenſa ſint, vix dubium eſt, quin ſententia ſuper aliquo aut aliquibus eorum lata valeat, niſi capita connexa ſint, ita ut ſeparari nequeant. *l. etiam.* 29. *§. 1. ff. de minor. ubi Gloſſ. Bart. & alii. l. pen. C. de tranſact.* quod

quod enim species sunt seu litis capita, tot sunt sententiæ, id est, tot sententiæ separatim ferri possunt. *l. quod tamen. 21. ff. de recept. arbit. arg. l. scire debemus. 29. ff. de verb. obl. & ibi Alex. l. pen. C. de sent. & interloc. Vant. de null. sent. ex def. process. n. 100.* Sed & si unum duntaxat caput libellus contineat, idem adhuc dicendum est, si plures sint in lite, & eorum quidam post litem contestatam reipub. causa abesse cœperint, neque defendantur; nempe sententiam ferri posse ratione præsentium, & absentium respectu, judicium diffindi. *l. non idcirco. 44. ff. de judic. & ibi Gloss. & DD.* nisi forte causa individua sit. *l. 4. ff. si ex nox. ca. ag. Vant. d. loc.* Quin & si generali judicio divisorio actum sit, puta familiæ erciscundæ, & quædam ex rebus hereditariis indivisæ relictæ, valet nihilominus sententia, & de rebus indivisis communi dividundo agi potest. *l. si filia. 20. §. familiæ. 4. ff. fam. ercisc.* At si unum duntaxat sit litis caput & unus adversarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc judicium scindi non potest, ut de re in judicium deducta partim judicetur, partim non judicetur, sed totam causam sententia dirimi oportet. *l. 19. §. 1. ff. de rer. arb.* v. c. si petitis 100. & probatis 50. reus in 50. condemnatus sit, non valebit sententia, nisi de reliquis 50. absolutus fuerit. In appellationis autem judicio sententia prior partim confirmari, partim infirmari potest. *l. quædam mulier. 41. ff. fam. ercisc. l. ult. ff. de jur. patron. Bartol. in l. 1. C. si adv. rem judic.* Ex quo porro illud sequitur, eandem sententiam partim justam esse posse, partim injustam, partim valere, partim non valere, ut in specie d. l. quædam mulier. Divisio, quam fecit judex familiæ erciscundæ, pro parte valet, pro parte non valet. Sed huic loco obstare videtur, quod Paulus respondet in *l. in hoc judicio. 27. ff. eod. tit.* in judicio familiæ erciscundæ condemnationes & absolutiones in omnium personis faciendas esse, & ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit judex, non valere: adjecta hac ratione, quia non potest ex uno judicio res judicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc significat, judicem non posse de re, quæ tota in judicium deducta est, pro parte judicare, pro parte judicationem omittere. Et hoc vel maxime pugnare videtur cum eo, quod ante diximus, ubi plura sunt petitionis capita, sententiam super uno eorum latam valere, & in familiæ erciscundæ judicio posse aliquid indivisum a judice relinqui, cujus divisio postea petatur judicio communi dividundo. Cæterum nullam hic esse pugnam, loco illo Pauli exposito, nempe *d. l. in hoc judicio. 27. ff. fam. ercisc.* patebit. Ait Jurisconsultus, *In hoc judicio condemnationes & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt.* quod notandum est. Ex eo enim intelligimus loqui Jurisconsultum de præstationibus hujus judicii personalibus, quæ damni, lucri, impensarum nomine inducuntur, non de rebus, earumve divisione. Ex utrisque constat judicium familiæ erciscundæ. *l. item Labeo. 22. §. 4. ff. fam. erc. junct. l. 3. ff. comm. divid.* Si de rebus locutus esset, ita scripsisset, *In hoc judicio adjudicationes & condemnationes, &c.* ut in *l. cum putarem. 36. ff. eod. l. 2. §. 1. ff. fin. reg.* Nam adjudicationes præcedunt, condemnationes sequuntur. *§. 4. Inst. de offic. jud.* at condemnationum & absolutionum nullus est inter se ordo. Omissa igitur adjudicationum mentio satis indicat non de rebus, quarum adjudicatio est, sed de personalibus invicem præstationibus tantum Jurisconsultum loquutum esse, quanquam & in rerum adjudicatione hoc observandum, ut de re, quæ tota in judicium deducta est, plena sententia feratur. Potest quidem aliquid in rerum divisione & adjudicatione

dicatione indivisum manere in judicio familiæ erciscundæ: quia res plures in hoc judicium appellatione familiæ deducuntur: & quod sic omissum est, potest dividi postea judicio communi dividundo. *l. si filia.* 20. §. 4. *ff. fam. ercisc.* sed de qua re sententia fertur, de ea tota ferenda est, non pro parte. Et sic quoque de præstationibus personalibus quæ specialiter in judicium deducuntur, judex non recte pronuntiat, nisi plene pronuntiet, facta scilicet, vel condemnatione vel absolutione in omnium personis, a quibus petuntur. Quippe unum judicium non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur. Non potest, inquam, res in judicium deducta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantum, de qua pronunciatum est; in partem autem omissam non valere: sed causam, quæ tota in judicium deducta est, & totam sententia judicis dirimi oportet. Denique plena debet esse sententia judicis. *l. qualem.* 19. §. 1. *ff. de recept. arbitr.* semiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor sunt coheredes, qui inter se agunt judicio familiæ erciscundæ, Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primus, qui impensas in communi hereditate fecerat: Secundus & Tertius eo nomine pro suis partibus impensas sarcire damnati sunt; Quarti damnatio omissa. Non valebit hæc sententia, quia plena non est. Plena vero est, etsi non de omnibus præstationibus personalibus, quæ in judicium deductæ sunt, quasque a se invicem coheredes petierunt, judicatum sit, dummodo in omnium persona unius ex iis nomine condemnatio vel absolutio facta sit: quia & de capite uno litis sententia lata plena sententia est. *l. pen. C. de sent. & interloc.* quæ Græca Justiniani constitutio a Cujacio restituta est. *l.* 12. *c.* 2. *obs.* & est communis sententia. Jam, credo, apparet, nullam quoque esse discordiam inter *d. l. quædam mulier.* 41. *ff. fam. ercisc. & d. l.* 27. *ff. eod.* Nam in specie *d. l. quædam mulier.* judex non semiplenam, sed plenam sententiam protulit, de omnibus scilicet, quæ in judicium deducta erant, pronuntians nulla parte omissa; itaque non peccavit in regulam *d. l.* 27. quamvis de una parte bene, de altera male judicasse dicatur. Nimirum aliud est de diversis partibus altera bene, de altera male judicare: aliud de re tota in judicium deducta non integre, sed pro parte tantum & semiplene judicare, quod *d. l.* 27. *& l. ult. ff. de jur. patron.* Nec hoc latuit D. Augustinum, qui breviculi cum Donatistis *col.* 3. *Legibus*, inquit, *judex prohibetur semiplenam proferre sententiam. Cujac. lib.* 23. *obs.* 1. Dices fortasse, cur igitur appellatur a sententia in specie *d. l.* 7. lata? Respondeo, quia judex etiam libertos diviserat, qui nullo jure dividi poterant, cum non sint in patrimonio defuncti, nec in rebus hereditariis. Itaque valet quidem hæc sententia, at per appellationem potest rescindi pro ea parte, quatenus male judicatum. Nullum enim dubium est, quin judex appellationis possit sententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte rescindere. Alii aliter respondent, sed meo judicio, minus bene: quod nunc non tango.

CAP. XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda sit rei debitæ æstimatio, si ea creverit aut decreverit?

QUÆSTIO hæc valde perplexa est, nullusque est hodie vel judex, vel patronus, vel jurisconsultus, qui non hæreat maneatque suspensus, quoties, cum

condemnatio facienda in rei petitæ æstimationem, quæritur, ad quod tempus æstimatio referri debeat, ut ait Cujacius *tract. ad African. 8. in l. hominem. 37. ff. mandat. in fin.* Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejusdem generis & æque bona creditori reposcenti reddatur. *l. 2. pr. l. 3. ff. de reb. cred.* Dum autem res reddatur ejusdem generis eademque bonitate, liberatur debitor, quantacunque sit præsens æstimatio, quippe æstimatio extra rem est, & magis proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam ex bonitate. Quod si res ipsa præstari non potest, aut non æque bona, ut necesse sit condemnationem fieri in rei æstimationem, hic jam locus est quæstioni propositæ, quodnam tempus in æstimatione ineunda spectandum sit. Atque hoc non in mutuo tantum, sed etiam in stipulatione & contractibus bonæ fidei, emptione, venditione, commodato, deposito, pignore, mandato, &c. quæritur. Primum dicam quid hic mihi respondendum videatur ex ratione juris scripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique interpretes testentur.

Æstimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis. Jure actionis, cum in obligationem deducta est a contrahentibus, puta cum quis eam stipulatus est, ut in specie *l. fundum. 28. ff. de novat.* aut cum ab initio deberi cœpit, ut in specie *l. hominem. 37. ff. mand.* Officio judicis venit æstimatio, cum petitur res ipsa, quæ in obligationem deducta est, sed ea præstari non potest, aut non potest tam bona. Hic enim officio judicis in locum rei succedit ejus æstimatio. *l. plerumque. 10. in fin. ff. de jur. dot. junct. l. si servum. 91. §. ult. de verb. oblig.* & ita cape *l. vinum. 22. ff. de reb. cred.* Cum petitur æstimatio jure actionis, quæstio hæc locum non habet, utrum creverit, an decreverit æstimatio. Eam enim æstimationem judex adjudicat, in quam debitor initio se obligavit, *d. l. fundum. 28. ff. de novat.* aut quæ ab initio deberi cœpit, ut in *d. l. hominem. ff. mandat.* Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem est deductum: estque hic æstimatio ipsum principale debitum, quod ex obligatione præstandum est: ideoque sicuti homine promisso ipse homo petitur, ita & promissa æstimatione, non nisi ipsa æstimatio, qualis & quanta in obligationem deducta est, petenda & præstanda erit. At cum æstimatio petitur officio judicis, tunc procedit hæc quæstio, non in pecunia credita, cujus est perpetua æstimatio, *l. 1. ff. de contr. empt.* sed in frumento, vino, oleo, &c. mutuo datis, quæ pecunia æstimantur, *l. si ita. 42. ff. de fidejuss.* item in cæteris rebus debitis ex quocunque contractu. Veteribus in hac quæstione placuit hæc distinctio, ut siquidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æstimanda spectaretur dies adjectus insuper habito, an contractus, sit bonæ fidei, an stricti juris. *l. vinum. 22. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem. 12. §. 1. ff. si quis caut. jud. l. si calendis. 11. ff. de re jud. l. quoties. 59. ff. de verb. obl. l. 37. §. 1. ff. mand.* Diem autem adjectum hic spectari cum dicimus, intelligimus ab eo tempore, ut termino a quo, debere judicem auctæ æstimationis rationem habere, in strictis judiciis usque ad litem contestatam, in bonæ fidei usque ad condemnationem, quasi mora contracta. Si convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inspici, quanti res plurimi post moram contractam eo loco fuit, quo dari debuit. *d. l. vinum. de reb. cred. d. l. ult. de cond. tritic.* usque ad litem contestatam ut extremum in strictis, usque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per *l. 3. §. 2. ff. commod.* Non obstat *l. cum quis. 22. ff. de oblig. & act.* Nam illa Jurisconsulti verba, *ejus temporis æstimatio spectanda est,*

est, quo satis accepit. sic accipienda sunt, ut significetur id tempus, quo ut merx solveretur, fidejussor se obligavit, vel cum Cujacio in *d. l. cum quis. tract. 3. ad African.* & in *l. quoties. 59. de verb. oblig.* ponendus casus, quo fidejussor intervenit, cum jam dies venisset, quo reus solvere debuit. *arg. l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* Quod si pura sit obligatio, in bonæ fidei judiciis spectatur tempus litis contestatæ, ut terminus a quo; tempus rei judicatæ, ut extremum & terminus ad quem: nisi res perierit: quia res antea extincta non potest æstimari, quanti tunc est, cum sententia fertur, & ideo æstimatur, quanti fuit tempore interitus, per *l. 3. ff. de cond. tritic.* In strictis autem inspicitur tempus litis contestatæ duntaxat, id est, ut terminus a quo & ad quem simul. *d. l. 3. §. 2. ff. commod.* nisi mora facta sit, quo casu tempus moræ est terminus a quo in utroque genere judiciorum. De strictis est in *l. hominem. 37. §. 1. ff. mandat.* de bonæ fidei in *l. 3. §. ult. l. sterilis. 21. §. 3. ff. de act. empt.* Licet enim raro sine mora ad judicium perveniatur. *l. 3. pr. ff. de usur.* aliquando tamen id fieri potest. *l. sciendum. 21. & seqq. eod.* Itaque quantum æstimatio crevit a tempore moræ usque ad judicium acceptum in strictis, in bonæ fidei contractibus usque ad rem judicandam hic præstandum erit. *l. 3. §. 2. ff. commod.* Contra si creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æstimabitur, quanti minimi, arg. a contrario. Quod si quis jam quærat, cur in strictis judiciis tempus litis contestatæ, in bonæ fidei tempus rei judicandæ, ut extremum spectetur? ratio hæc est, quia in strictis judex adstringitur formulæ petitionis: petitur autem res, uti nunc est, cum petitur, *l. 2. ff. de usur.* & huc pertinet *d. l. 22. ff. de reb. cred.* In bonæ fidei vero judiciis non ita est, judex formulæ non est adstrictus, & potest judex etiam eorum, quæ postea contingunt, rationem habere, sicut & exceptiones formulæ non insertas post litis contestationem potest admittere. *l. plane. 38. l. ult. ff. de her. petit. l. 3. ff. de resc. vend.*

Non obstat *l. 5. §. ult. ff. de in lit. jurand.* ubi si post moram aut culpa debitoris res perierit ante litem contestatam, & judex aditus sit, ea jurejurando in litem æstimanda dicitur, etiam in strictis judiciis. Nam liberum est actori recusare jusjurandum, si de æstimatione testibus aut instrumentis probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem tam veritatis, quam affectionis actoris gratia comparatum est. *l. quod si. 71. ff. de rei vind.* & quærimus hic non de æstimatione quæ fit a parte, sed a judice. Nihil quoque in contrarium facit *l. cum fundus. pr. 31. ff. de reb. cred.* quia illic nulla quæstio est de æstimatione rei petitæ, sed de fructibus, accessionibus & causa rei. Certum autem est post judicium acceptum omnem causam actori præstandam esse, id est, id omne, quod habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ res petita restituta aut soluta fuisset, hæc enim omnia una cum re tacite in judicium deducuntur, & ad officium judicis pertinent. *d. l. 31. de reb. cred. l. præterea. 20. l. & ex diverso. 35. §. 1. ff. de rei vind. l. 2. l. 3. §. 1. l. videamus. 38. §. si actionem. 7. ff. de usur. l. ædiles. 25. §. item sciendum. 8. ff. de ædil. edict.* Non adversatur etiam *l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* ubi dicitur in condictione furtiva, quæ stricti juris actio est, si quæratur, cujus temporis æstimatio fiat, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia fur semper, hoc est & ab initio rei ablatæ, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in condictione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit usque ad litem contestatam, æstimatur. *l. ult in fin. eodem. tit. Fac. l. penult. ff. de act. rer. amot.*

Nec adverſatur huic reſponſioni *l. 2. §. 3. ff. de priv. delict.* Neque enim hoc dicimus in condictione furtiva æſtimationem reſtringi ad annum retrorſus computandum ex die judicii accepti, ut fit in lege Aquilia; ſed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ uſque ad acceptum judicium æſtimari. Magis obſtat *l. 3. ff. de cond. tritic.* ubi in æſtimatione rei facienda condemnationis tempus ſpectari dicitur in condictione triticiaria, quæ creditur eſſe ſtricti juris. Reſpondet Pacius condictionem triticiariam non differre ab aliis actionibus ſpecie, ſed tantum qualitate adjectitia, & aliarum, quarum eſt adjectio, naturam imitari. *arg. l. 1. ff. eod. tit.* ſicut actio de peculio, inſtitoria, exercitoria, &c. non ſunt actiones per ſe conſtantes, ſed tantum actionum ex contractu, puta mandati, depoſiti, ex empto, ex ſtipulatu, &c. adjectiones, quarum actionum naturam & ipſæ imitantur. Quapropter caſus habilis in *d. l. 3.* ponendus eſt, nempe ſi triticiaria de æſtimatione agatur ex cauſa bonæ fidei judicii, puta ex cauſa commodati, depoſiti, pignoris, &c. non autem ſi eadem actione agatur ex cauſa mutui aut ſtipulationis. Ita Julius Pacius *cent. 3. quæſt. 72.* alii aliter. Ant. Faber *lib. 16. conject. 4. putat d. l. 3.* intelligendam de caſu, quo poſt condemnationem triticiaria de æſtimatione agitur, & fortaſſe rectius: ſed amplius deliberandum. vide *Cujac. in l. quoties. 59. ff. de verb. obl. Don. in l. vinum. 22. ff. de reb. cred. Duar. ad tit. C. ſi cert. pet. c. 8. Hotom. ill. quæſt. 16. Ant. Fab. 16. conj. c. 1. & ſeqq. & Cod. for. tit. ſi cert. pet. defin. 7. & ſeqq. Perez. in C. eodem. n. 25. Bronch. cent. 2. aſſert. 19. Schiford. lib. 1. tract. 20. & 8. ſeqq.*

Cæterum ex communi interpretum ſententia, cum de ineunda rei æſtimatione quæritur, nulla inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris facienda eſt differentia, niſi cum agitur de rei æſtimatione per jusjurandum in litem ab actore probanda. *DD. poſt Bart. & Caſtr. in l. 22. ff. de reb. cred.* ita enim accipiunt, quod ſcriptum eſt in *l. 3. §. 2. ff. comm.* quia ibi etiam de jurejurando agitur. Sed tam in judiciis ſtrictis, quam bonæ fidei inſpiciendum erit tempus moræ, ſi qua litis conteſtationem præceſſerit, & eo tempore res pluris fuerit, ſive mora re ipſa contracta ſit, ut puta venditore poſt acceptum prætium ceſſante in tradenda re vendita, cujus tradendæ facultatem habet, ut in ſpecie *l. 13. §. veniunt. 20. ff. l. 5. C. de act. empt.* ſive per lapſum diei in obligatione poſiti, ut in *d. l. 22. & l. 11. ff. de re jud.* ſive per expreſſam interpellationem factam vel in judicio vel extra judicium opportuno loco & tempore. *l. mora. 32. ff. de uſur.* Quod ſi tempore moræ res minoris fuerit, creſcet in ſingula momenta æſtimatio ab eo die, quo mora contracta eſt, in diem uſque condemnationis, ſi non medio tempore mora purgata, nec poſtea rurſum contracta ſit, *arg. l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* cum alioqui futurum ſit, ut moroſo debitori ſua proſit fruſtratio contra *l. hominem. 37. §. 1. ff. mand.* Sed & poſt condemnationem creſcet æſtimatio per *l. 3. ff. de cond. tritic.* ſive a ſententia perperam & ſine cauſa provocatum ſit: ſive poſt quadrimeſtre, quod faciendo judicato datur. *l. ult. C. de uſur. rei jud.* novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius quadrimeſtris temporis induciæ, etiam cum mora præceſſit condemnationem, condemnato immunes erunt a periculo augmenti æſtimationis, ſi forte interea creverit. Interdum vero juxta eandem interpretum ſententiam ſpectandum tempus contractus, eaque debebitur æſtimatio, quæ tum præciſe fuerit, nimirum ſi ita ferant verba contractus, & æſtimatio ipſa ſit in obligatione, obligatio autem ipſa contractus tempore oriatur, ut in ſpecie *l. 28. ff. de novat.* At ſi obligatio

gatio præstandæ æstimationis non statim oriatur, ejus temporis habenda ratio, quo orietur, ut evenit in casu *l. hominem. 37. ff. mandat.* cum quis alterius mandato dari certum hominem fidejussit & solvit: quoniam ab eo demum die, quo solvit, nascitur obligatio & jus petendæ æstimationis. per *l. 22. ff. de oblig. & act.* actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine actori abest. Hanc sententiam propter communem interpretum fere omnium consensum Curias omnes nunc sequi testatur *Ant. Fab. C. suo for. si cert. pet. defin. 15.* nec in tam multis a ratione juris scripti abhorret, ut ille existimat. *add. Costal. ad l. vinum. 22. ff. de reb. cred. Sand. lib. 3. tit. 4. defin. 8.*

CAP. XL.

An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?

QUÆSTIO hæc tota Academica est, cui causam dedere duo loci inter se contrarii, non in speciem & κατὰ τὸ φαινόμενον, sed ὄντως & revera: nempe *l. singularia. 15. ff. de reb. cred. & l. qui negotia. 34. pr. ff. mandat.* Ita jus est, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam si de mea tua facta sit: in hoc enim mutuum damus ut rerum creditarum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non potest, nisi & is qui credit, dominus sit. *l. 2. §. in mutui. 4. ff. de reb. cred. junct. l. nemo. 54. ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium esse putatur, ut etiam nomen ab eo acceperit, quod de meo tuum fiat. *d. l. 2. §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur si inter nos convenerit, ut tu pecuniam, quam mihi ex causa mandati, societatis, emptionis, &c. debes, creditam tibi habeas; aut si, cum me mutuam pecuniam rogares, fidejusserim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet, mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta est, ut in casu priore; aut tertio numerata, ut in posteriore; sed debitorum. *l. 1. ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius. 27. §. 2. l. scribit. 34. pr. ff. de aur. arg. mund. leg.* Et hoc quidem efficit summi juris ratio, si videlicet κατὰ τὸ ἀκριβοδίκαιον res exigatur. Cæterum Ulpianus in *d. l. 15. ff. de reb. cred.* ait, singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam, id est, quædam benigne recepta esse contra subtilitatem juris, παρὰ τὴν ἀκρίβειαν ϗ παρὰ κανόνας, ut bene Græci *in Basil.* & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperis, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, si convenerit inter eos, ut tu eam tanquam a me tibi creditam, mihi deberes. Cujusmodi duas species profert. Prima est, cum te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum est vitandi circuitus causa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet. 43. §. 1. ff. de jur. dot.* quasi ille mihi prius dedisset, ego deinde tibi. *d. l. singularia. in fin.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, dum quod agimus, acceleramus, una actio sæpe occultatur, & quodammodo surripitur. *l. 3. §. pen. ff. de don. int. vir. & ux.* Species altera, quam ejusdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. singularia.* affert, est, si convenerit, ut pecuniam, quam ex alia causa, & nominatim, ex causa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipsa exemplo superio-

perioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum censet; quia quod in duabus personis receptum est, multo magis recipi debeat in una eademque persona: utique enim facilior fictio breviorque manus ibi est, ubi una tantum est manus, ut tu scilicet videaris mihi solvisse, & protinus a me accepisse. Notandum hic obiter, priorem obligationem non tolli conventione & constitui novam ex causa mutui; hoc enim pugnaret cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra stipulationem, *l. 1. l. 2. & pass. ff. & C. de novat.* & novissimo jure non aliter, quam si hoc ipsum a contrahentibus expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem contrahere. *l. ult. C. eod.* sed primam tolli solutione, quamvis sine conventione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dedisse creditori, atque eo modo ex priore causa liberatus esse, eodemque tempore pecunia a creditore ad illum profecta, quæ res mutuum constituat. Est & alia species præcedenti non dissimilis, relata ab eodem Jurisconsulto in *l. rogasti. 11. pr. ff. de reb. cred.* nempe si tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & prætio utereris, tuque eam vendideris, & nummos acceperis, hoc perinde habendum esse, ac si vendidissem ipse, & pecuniam inde confectam tibi numerassem. Prima species dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia. 34. pr. ff. mandat.* fatetur benigne receptum esse, ut hujusmodi in casu pecunia credita fiat. Sed idem responsum Africani de secunda & tertia specie negotium facessit, & quidem tale, ut Peliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum quærunt.

DD. communiter circa speciem secundam, videlicet, si convenerit, ut pecunia debita ex alia causa, verbi gratia, ex causa mandati, credita fiat, ita distinguunt, ut si quidem procurator pecuniam habuerit solutioni paratam, procedat sententia Ulpiani in *d. l. singularia.* si non habuerit paratam, Africani in *d. l. qui negotia.* & ita quoque Costalius in *d. l. singularia.* Corasius 6. *miscell.* 16. etiam hoc in responso Africani expendit, quod per epistolam inter absentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. singularia.* prætexit: sed neque illud, neque hoc potest impedire fictionem brevis manus. Pone Titium, qui centum mihi debet, ex causa mandati aut qua alia, non habere paratam ad solvendum pecuniam, aut eum habitare Lutetiæ, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, fingi non potuerit soluta & retro tradita? aut si alibi habitat, & per epistolam a me petit, ut eam pecuniam quam ex alia causa debet, crediti nomine retineat. Quid ni possit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illa, quam dixi, fictione brevis manus? At regerit Corasius nihil aliud in *d. l. qui negotia.* ab Africano proponi, nisi quod epistola a procuratore ad dominum negotiorum missa sit: solius autem procuratoris voluntate a priore obligatione recedi, eamque solvi atque in aliam causam converti sine consensu domini non posse. Sed quis non videt, quam stulta, si talem casum ponamus, sit quæstio? Digna scilicet quæstio, de qua Jurisconsultus adeatur & consulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex causa mandati vel alia, se liberare, causamque debiti me ignorante aut non consentiente mutare possit. Supponit Jurisconsultus, creditorem epistolæ ad se missæ consensisse sive aperte per rescriptionem, sive tacite, hoc ipso scilicet, quod aperte non dissensit, nec rescripsit. *l. si filiusfam. 16. ff. de senat. Maced.* Constat autem, pacta recte fieri per epistolam, *l. 2 ff. de pact.* & epistolam, cui consentit is, ad quem mittitur, pro pactione esse. *l. dotale. 15. ff. de fund. dot.* Jam vero Africanum in specie a se proposita epistolam

pro conventione seu pactione accepisse ostendunt hæc ejus verba; *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam, &c.* item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia. tamen usuras, de quibus convenerit, præstare debeat.* denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius. *l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 3. ff. de pollicit.* nec ita loqui Jurisconsulto integrum fuit, non magis quam vestem appellare supellectilem. Postremo fictioni, ut tu mihi videaris ex priore causa solvisse, & rursus ex causa mutui protinus a me accepisse, sine mutua conventione locus esse non potest. Ergo pactione nuda per epistolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, debeas ex causa crediti: & quæritur, an ea pactione causa mandati conversa sit in causam crediti, quod negat Africanus: quamvis fateatur, usuras ex ea pactione peti posse, nempe actione mandati, & periculum nummorum ad procuratorem transire. *d. l. qui negotia. in fin. pr.* Et igitur secundum Africani sententiam in specie proposita, pactio, de qua agitur, ad obligationem sortis ex causa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis est. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab absurdo, quod alioqui dicendum sit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Respondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri possent, quorum alterum ostendit esse a dissimili, nempe quod nummi quos mihi hic debes, ex causa depositi crediti fiunt, modo convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia nummi, qui mei erant, tui fiunt. *l. condictio. 9. §. ult. ff. de reb. cred.* Alterum a simili quidem esse fatetur, nempe si debitorem meum jussero tibi mutuum roganti dare pecuniam, eam creditam fieri: sed ait, benigne id in hoc casu receptum esse, quo innuit id non esse producendum ad consequentias. *l. quod vero. 14. ff. de legib.* Notandum hic in transitu, quod si in specie initio ab Africano proposita, & de qua hic quæritur, solius debitoris, ut vult Corasius, voluntas intervenisset, non alterum solum e duobus exemplis, quæ objiciuntur, dissimile esset, sed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuisset; quia scilicet in specie controversa unius debitoris, in exemplis objectis utriusque consensus intervenerit, quod & Schifordigerus *lib. 2. tract. 16. quæst. 5.* observavit. Quid vero Ulpianus in *d. l. singularia.*? Is ex professo se opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, scilicet etiam in specie, de qua agimus, si convenerit, ut pecunia debita ex causa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri; multoque magis in hac specie id recipiendum esse, quam in illa, ubi mutuum petenti jussi debitorem meum pecuniam dare; ducto argumento a minus probabili ad id, quod est magis probabile: quia, inquit, quod in duabus personis receptum est, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim est, ut fictio inducatur in una persona, quam in duabus: quippe facilius nulla interposita alia persona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia causa, credere tibi possum, ut tu mihi videaris solvisse, & mox a me accepisse, quam per personam interpositam. Illud procul dubio non negasset Ulpianus, ea quæ benigne recepta sunt, non esse producenda ad alia, quæ minus sunt probabilia; veluti si fictio illa brevis manus in una tantum persona recepta fuisset: sed cum illa recepta sit in duabus personis, etiam ad id, quod est probabilius, ubi una duntaxat persona est, eam producendam recte existimavit. Eadem dissensio inter eosdem Jurisconsultos est & in tertia illa, quam supra posui, specie, si tibi mutuam pecuniam roganti, cum eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mu-

tuos haberes. Nam & in hac ſpecie, ſi rem vendideris, mutuam pecuniam factam eſſe ait Ulpianus in *l. rogaſti. 11. pr. ff. de reb. cred.* nempe ſi & prætium acceperis. *l. 9. ff. de præſcr. verb.* quod ex narratione facti ſatis intelligi putavit Juriſconſultus. Id enim actum eſſe proponitur, ut rem venderes & nummis utereris, acceptis ſcilicet, quoniam non niſi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex ſententia Ulpiani fingitur pecunia prius a venditore tradita eſſe ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui cauſa, ut una actio hic occultetur vitandi anfractus gratia. *l. 3. §. pen. ff. de donat. int. vir. & ux.* Africanus autem in eadem hac ſpecie plane contrarium reſpondet in *d. l. qui negotia. pr. verſ. his argumentum.* nempe eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non poſſe. Nam, quod quidam ajunt, in ſpecie Africani ideo mutuum non contrahi, qui non convenit, ut nummi ex venditione redacti eſſent crediti, ut in ſpecie Ulpiani; ſed ut res ipſa vendenda data ſtatim eſſet mutua, argentum ipſum, lanx aut aliud vas argenteum, id eſt, certum corpus, in quo mutuum non poteſt conſiſtere. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* id textus ipſe ſatis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipſum non poteſt dici ei mutuo dari: ſed hoc non alio ſine fit, quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expenſis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum diſſidium ſtudent componere. Et nimis puerile eſt, credere nullam in corpore juris reperiri antinomiam, quia Juſtinianus hoc dixit, aut Tribonianus Juſtiniano perſuaſit. Utrius igitur ſententia prævalebit? Quem hic ſequemur? Ulpianum ſcilicet, qui & poſterior eſt, & majorem æquitatis ac benignitatis, quam ſtricti juris rationem habendam putavit juxta *l. placuit. 8. C. de judic.* Cum contra Africanus nimium hac in parte religioſus & ſtricti juris retinentior fuerit. Non obſtat huic reſponſioni *l. ex prætio. 6. C. ſi cert. pet.* quæ eſt Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano poſteriorum: quoniam in illo reſcripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut prætium emptionis debebat, inciperet debere Nicandro ex cauſa mutui: ſed cum revera ex cauſa emptionis deberetur, tantum ſimulate ſcriptum erat in inſtrumento, eam ex cauſa mutui deberi. Nulla igitur interceſſerat conventio, ut ex cauſa crediti deberetur: id quod evidenter demonſtrant verba ipſius reſcripti, *ſimulatis pro infectis habitis.* Simulabatur ergo cauſa mutui, non revera agebatur, ut eſſet mutuum. Imo ex contrario ſententia Ulpiani in *d. l. ſingularia.* illo Imperatorum reſcripto confirmatur, quod utique ſi abeſſet ſimulatio, demonſtrat, pecuniam debitam, ex cauſa venditionis nuda pactione in cauſam crediti poſſe converti, & de eo nulla hodie dubitatio eſt. *add. Cujac. tract. 8. ad Africanum in d. l. qui negotia. ff. mandat. Schifordiger. lib. 2. tract. 16. quæſt. 5.*

CAP. XLI.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poſſit, onus probandi in ſe ſuſcipiens?

SI quis ſcripto ſeu chirographo ſuo alteri mutuo conſenſu tradito confeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, nec intra biennium confeſſionem ſuam retracta-

retractavit, is literis obligatus est. *pr. Inst. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non est habenda pro mere civili, sed pro mixta seu civili & naturali simul, cui etiam competit definitio obligationis tradita *pr. Inst. de oblig.* ut ex divisionibus subjectis patet. Sed illa, quæ ex confessione mutui accepti intra biennium competit, mere civilis est, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur. *d. pr. & tot. tit. C. de except. non num. pec. junct. l. nihil interest.* 112. *ff. de reg. jur.* Nimirum mixta obligatio duorum generum est; una vere talis, altera præsumptive: qualis est obligatio judicati, confessi, jurisjurandi: & talis quoqne est ea, quæ dicitur literarum. Nam sicut post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, non quæritur amplius, an debeatur. *l. post rem.* 56. *ff. de re jud.* ita & post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, & confitentem obligat: *d. pr. Inst. de lit. oblig. l. si intra.* 8. *C. de exc. non num. pec.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, boni scilicet publici & litium expediendarum prætexu. Quid ergo si confessus intra biennium cautionem & confessionem suam non retractaverit quidem, sed paratus sit probare pecuniam sibi numeratam non esse, an non erit audiendus? Non puto. Nam si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens est eum necessitate rei solvendæ jam ita adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori. *Inst. de oblig. in pr.* atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita. *d. l.* 8. *C. de non num. pec.* Cæterum Doctoribus communiter post Accursium & Bartolum contrarium magis placet, nempe debitorem post biennium adhuc audiendum, dummodo paratus sit docere de pecunia sibi non numerata. ita *Baro, Schneid. Bachov. ad tit. Inst. de lit. obl. Bronch.* 2. *assert.* 22. *Perez. C. d. tit. de non num. pec. n.* 14. Moventur primo, quod exceptiones natura sua sunt perpetuæ, & tunc etiam, cum ex ea causa nascuntur, ex qua actio nata esset temporalis. *l.* 5. §. *ult. ff. de except. dol. mal.* Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli. *l.* 3. *C. de pec. non num.* quæ cum sine dubio perpetua sit; *d. l.* 5. §. *ult.* utique etiam post biennium competere debeat, etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertio, quia illicitæ exactiones admittendæ non sunt. *l.* 6. *ff de offic. præsid.* Illicita autem & iniqua exactio est, si reus probare volens sibi pecuniam numeratam non esse, non audiatur. Postremo, quia non potest lapsus biennii debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solum tribuit debitori immunitatem probationis. *l.* 10. *C. de non num. pec.* ergo nec lapsus biennii amplius ei adimere potest.

Sed procul dubio verius est & scripti juris rationi magis consentaneum, debitorem post biennium non audiri, nec si ultro probationem offerat. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit; cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod si probatio post biennium contra cautionem admitteretur, nec scriptura jam ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem; nec novum esset hoc obligationis genus,

quod ex literis nasceretur, sed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ. Qua parte etiam major vis esset cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ. *l. generaliter.* 13. C. *de pecun. non numer.* ex quibus tamen obligationem literarum non nasci inter omnes convenit. In summa nulla esset revera literarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni intra biennium incumberet probatio, post id tempus alteri: & consequenter expungenda esset e catalogo verarum obligationum illa literarum. Loci juris in hanc sententiam manifesti sunt. In *l. adseveratio.* 10. C. *de non num. pec.* ajunt Impp. querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod certe non potest restringi ad probationis immunitatem. Ajunt enim querelam evanescere: quod utique falsum est, si post definitum tempus adhuc querelæ sive exceptioni locus est, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. si intra.* 8. C. *eod.* scriptum est eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium quæstus non est, omnimodo debitum solvere compelli: non potest autem compelli, qui justam exceptionem habet: imo ille debitor esse desinit; nec vere debitum appellari potest, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit. *l. Marcellus.* 66. *l. nihil interest.* 112. *ff. de reg. jur.* Idem probat nec minus evidenter *l. in contractibus.* 14. *pr. C. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ne post biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: & ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit. Hoc amplius in *d. l. in contractibus.* §. 3. illud observari nominatim jubet Justinianus, ut ne liceat debitori, qui quæstus non est, post biennium creditori agenti in judicio deferre jusjurandum, cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur. *l. manifestæ.* 38. *ff. de jurejur.* adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituitur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixæ & adversus invitum susceptæ probationes, *arg. l.* 1. & *l.* 2. *ff. d. tit.* Unde perspicue apparet, Justinianum nullas omnino probationes post biennium admitti voluisse. His insuper accedit textus in *l. ult. C. de condict. ex leg.* ubi expresse cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: sic enim Harmenopulus *lib.* 2. *prompt. tit.* 2. *n.* 4. *ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀρίθμησις, εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐναχθῇ, ἢ διαμαρτύρηται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν.* id est, qui negat numerationem factam esse, nisi intra biennium conveniatur, aut de ea re contestetur, nullam habet defensionem. Postremo, uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, seu protestatione facta de pecunia minime numerata. *d. l. in contractibus.* §. *ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quam ut hanc sententiam possint convellere. Nam quod primo producitur in genere de natura exceptionum, quod sint perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Exempli gratia, si filius exhere-

datus

datus sit in possessione hereditatis, & scriptus heres ab eo hereditatem petat, potest filius in modum contradictionis sive excipiendo queri de inofficioso. *l. 8. §. si filius. 13. ff. de inoffic. testam.* sed utetur hac exceptione duntaxat intra quinquennium: sic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret, ut diserte ait Jurisconsultus dicto loco. Constat autem, actionem de inofficioso quinquennio finiri. *d. l. 8. §. ult. & l. seq. l. 16. l. 34. in fin. C. eod.* Hoc vero ex eo est, quia potest nihilominus filius separatim sine petitione hereditatis querelam movere ad hoc scilicet, ut testamentum pronuntietur inofficiosum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipsa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci potest: nam & cautionem suam confessus condicere intra id tempus potest condictione sine causa, aut ob causam dati causa non secuta. *l. 7. C. de non num. pec. l. ult. C. de cond. ex leg.* & ultro queri sive protestari de non facta numeratione, atque hoc pacto sibi acquirere exceptionem perpetuam. *l. 8. l. 9. l. contractus. 14. §. ult. & auth. seq. C. de non num. pec.* Quod secundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem videtur habere, sed præter colorem nihil habet. Fatemur ultro, exceptionem doli concurre cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id est, confessum vel hac vel illa ad defensionem suam intra definitum tempus uti posse. *l. 3. C. eod. tit.* sed negamus omnem exceptionem doli esse perpetuam.

Duplex enim est doli mali exceptio, una generalis, quæ cum cæteris omnibus exceptionibus concurrit, & ex omni causa nascitur, ob quam id quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. *l. 2. §. & generaliter. 5. l. 4. §. penult. l. 12. ff. de dol. mal. exc. l. si quis. 36. ff. de verb. oblig.* altera specialis, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, videlicet si quid ab initio gestum sit dolo malo. *§. 1. Inst. de except. l. 5. C. de inut. stip. l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.* Hæc specialis doli exceptio perpetua est, & quidem non eo tantum sensu, quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod semel oppositæ semper agentibus obstent. *§. perpetuæ. 9. Inst. de except.* quo eodem sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua est, nam & illa intra biennium semel contestata perpetuo obstat agenti: verum etiam respectu temporis intra quod opponenda. *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. exc.* at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum semper sequitur, cum quibus concurrit, tanquam accessio quædam. *l. 2. §. & generaliter. 5. ff. eod.* ut ecce, is qui decem debebat, pactus est cum creditore ne a se pecunia peteretur: hic ut pacti exceptio, quæ ex hac conventione debitori quæritur, lapsu temporis non interit, ita nec doli, quæ cum ea concurrit. Quod si pactus sit debitor, ne intra biennium a se peteretur, petenti intra biennium obstabit tam doli quam pacti exceptio: at post biennium neutra. *d. l. 2. §. item quæritur. 4. ff. de dol. mal. exc.* Sic qui usuras in futurum a debitore accepit, ei intra id tempus sortem petenti obstat exceptio pacti conventi. *l. qui in. 57. ff. de pact.* & intra idem tempus propter hanc etiam illa doli generalis, *d. l. 2. §. & generaliter. 5.* finito autem eo tempore cum illa & hæc exspirat. Simili plane ratione, ut confessus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli se tueri potest propter illam: ita post biennium ut illa cessat, ita & hanc cessare necesse est. Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum est, si ratio-

rationem civilem ſpectamus, eum, qui proprio chirographo confeſſus eſt, ſe debere, ſibi pecuniam numeratam eſſe, poſt ſilentium totius biennii hanc quaſi contempti beneficii juris & negligentiæ ſuæ pœnam luere, ut confeſſioni ſuæ literis teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur, quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum reſponſum eſto. Ultimum argumentum eſt ἐκ τῶν ἀντιςρεφόντων, quod in eos ipſos, qui illud proferunt, retorqueri poteſt, hoc modo; Quod biennium confeſſo tribuit, id lapſus biennii ei totum adimit: atqui biennium ei tribuit non immunitatem duntaxat probationis; verum etiam & maxime exceptionem ipſam non numeratæ pecuniæ: ergo lapſus biennii utrumque adimit, quod & expreſſum in *d. ll.* 8. 9. 10. *&* 14. *C. de non num. pec.* quanquam nec argumentum a contrario ſenſu contra textus expreſſos procedere notum eſt. *præſ. Everh. in top. leg. loc.* 82. *n.* 4. *pr.* Plane ſi debitor neget ſuam eſſe ſcripturam, aut dolo ſe inductum dicat coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis tantum cauſa numerationem interveniſſe, cum aliud ageretur, aliud ſimularetur, etiam poſt biennium ex his cauſis exceptionem eum habere nemo eſt, qui negat. *vid. Joan. Fab. Weſenb. ad tit. Inſt. de lit. obl. Thulden. ibid. c.* 3. *Duar. ad tit. C. de non num. pecun. c.* 4. *Donell. ad l.* 8. *ejuſd. tit. Fachin.* 2. *contr.* 81. *Gudelin. lib.* 3. *de jur. noviſſ. c.* 6. *Zanger. p.* 3. *de except. c.* 14. *n.* 55. *& ſeqq.* Cæterum uſu forenſi recepta eſt communis Gloſſæ, Bartoli & aliorum ſententia, contendentium etiam poſt biennium audiendum eſſe debitorem, modo ipſe paratus ſit oſtendere, pecuniam ſibi numeratam non eſſe, lapſumque biennii creditori tantum prodeſſe ad tranſlationem oneris probandi in debitorem. *Gomez.* 2. *reſol.* 6. *n.* 7. *Moz. de contr. tit. de mut. n.* 9. *Zanger. ubi ſup. n.* 66. *Ant. Fab. C. ſuo for. de non num. pecun. defin.* 1. *Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 37. *Sande lib.* 3. *tit.* 2. *defin.* 1. In Gallia & pleriſque Belgii provinciis non eſt melior conditio cautionis pecuniæ creditæ, quam cæterarum cautionum: agnoſcentique chirographum ſuum, & excipienti de pecunia non numerata, hujus exceptionis probatio tam ante, quam poſt biennium imponitur, & præterea fiduciaria pecuniæ petitæ conſignatio. Hoc obiter. *vid. Chriſtin. ubi ſup. Gudelin. d. c.* 6. *in fin. Imbert.* 1. *Inſt. for. c.* 35. *Cyprian. cenſ. Belg. ad tit. Inſt. de lit. oblig. Groenew. de ll. abrog. ad tit. C. de non num. pec. & ibi citat.*

CAP. XLII.

An jusjurandum judiciale recuſari poſſit delatum ab actore, qui nihil probavit?

NOTUM eſt, tria eſſe jurisjurandi genera litis & controverſiæ decidendæ gratia comparata, voluntarium, neceſſarium & judiciale: his enim nominibus diſtinguuntur in *rubr. ff. de jurejur. & C. ult. ext. eod.* Voluntarium eſt, quod ex conventione a parte parti defertur extra judicium, id eſt, ante cœptum judicium ſive ante litem conteſtatam. *l. jusjurandum.* 17. *pr. ff. d. tit.* Dictum autem eſt voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel ſuſcipi vel non ſuſcipi poteſt, nec is, cui delatum eſt, illud referre, nec is, qui detulit, ſi id ei ab adverſario referatur, jurare habet neceſſe. *d. l. jusjuran-*

jurandum. Itaque huc non pertinet regula *l. manifestæ. 38. ff. eod.* ex ſuſceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam neceſſarium fit. *Beuſter. ad rubr. eod. n. 54. & ſeqq. Borcholt. tract. de jurejur. c. 7. n. 2.* Jusjurandum neceſſarium eſt, quod in judicio propter inopiam probationum, in cauſis dubiis uni ex litigatoribus a judice defertur altero invito. *l. admonendi. 31. ff. de jurejur. l. 3. C. de reb. cred.* quod ſic appellatur. 1. reſpectu cauſæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum. 2. reſpectu perſonæ, cui id defertur, quia id ſubire cogitur, aut pati contra ſe ſententiam ferri. 3. reſpectu ipſius judicis, eo quod vel quando non defert, vel ſine cauſa defert, litem ſuam facit. *Marant. ſpec. p. 6. act. 9. de juram. n. 2.* alias ſuppletorium dicitur, & generali appellatione jurisjurandi judicialis quoque continetur. *l. pen. pr. §. 1. & 2. C. de reb. cred.* Jusjurandum judiciale eſt, quod in judicio ſeu lite jam conteſtata defertur vel ab ipſo judice poſtulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore alteri præſente & approbante judice. *l. 1. l. jusjurandum. 34. §. ait prætor. 6. l. tutor. 35. l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur. l. delata. 9. l. pen. C. de reb. cred.* Hoc jusjurandum in ſpecie judiciale dicitur, eſtque generis mixti: nam ſi deferentem ſpectamus, voluntarium eſt: ſi eum, cui defertur, ex parte neceſſarium: neceſſitas in eo, quod ſaltem referre cogitur; quin & qui ſemel detulit, referente adverſario ipſe jurare debet, aut pati ſententiam pro adverſario ferri. *d. l. jusjurandum. 34. §. datur. 7. d. l. manifeſtæ. 38. ff. de jurejur.* Ad hoc autem poſtremum genus ſolum quæſtio hic propoſita pertinet. Illud igitur quæritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præſumptione juris adjuvatur, poſſit reo deferre jusjurandum judiciale eo effectu, ut niſi reus juret, aut jusjurandum referat, ſententia judicis ſit condemnandus. Negant *Gloſſ. in l. 3. C. de reb. cred. Bart. Bald. Salic. Abb.* & alii, quos refert *Maſcard. de prob. vol. 2. concluſ. 957. n. 7. Hart. Hartm. obſ. pract. tit. 13. obſ. 3. Ant. Fab. Cod. ſuo for. tit. de reb. cred. defin. 23. Caroc. de juram. lit. deciſ. q. 1. principali.* ubi *n. 4.* hanc opinionem ait magis eſſe communem. Argumenta, quæ aſſerendæ huic opinioni afferuntur, hæc fere ſunt. 1. Actor & reus ad imparia obligari non poſſunt. At reus actore intentionem ſuam probante condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare. *c. 2. ext. de probat.* Ergo ex contrario actore non probante reus abſolvendus erit, etſi non juret, etſi nihil ipſe præſtet, uti eſt in *l. 4. C. de edend.* 2. Non ſunt petendæ probationes de domo aut e ſinu rei. *l. nimis grave. 7. C. de teſtib.* ſed quicunque judicio agere cum aliquo inſtituit, eum oportet propriis allatis probationibus reum convincere. *l. 9. C. de obl. & act.* in quo ſi defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipſe præſtiterit, & conſequenter, quamvis non juret. *d. l. 4. C. de edend.* Non probat autem qui jusjurandum defert, ſed ille potius, cui defertur, & qui illud præſtat. 3. Si jusjurandum judiciale reo invito deferri poſſet ab actore nullas alias probationes afferente, quicunque cogitabit non poſſe ſe extra judicium jusjurandum invito deferre, cauſam dolo malo in judicium deducere poterit, atque ita pro arbitrio moleſtiam creare adverſario ei deferendo jusjurandum judiciale. 4. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe *C. ult. pr. & §. 1. ext. de jurejur. l. antepen. & l. pen. C. de reb. cred. l. eos qui. 26. §. ult. C. de uſur. l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Cæterum ego contrariam ſententiam ſequi malo, nimirum jure publico permiſſum eſſe actori, etiamſi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut ſubire aut referre cogatur, recuſantem autem ſine juſta cauſa pro confeſſo & convicto habendum atque a judice condemnandum eſſe,

quæ & communis & recepta ſententia eſt, *teſtib. Rod. Saurez. in l.* 4. *fori tit. de juram. n.* 6. *& ſeq.* ubi allegat, *Caſtr. Aug. Alex. Alber.* & alios. *Schneid. in* §. *item ſi.* 11. *poſt Jaſon. Inſt. de action. n.* 21. *Gilken ad l.* 3. *C. de reb. cred. n.* 7. *Fachin.* 1. *contr.* 19. *Cujac.* 22. *obſ.* 28. *Duar. in prior. comm. de jurejur. c.* 6. *& in poſterior. c.* 3. *Donell. ad tit. de jurej. c.* 12. *n. pen. & ult. Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 1. *n.* 2. *& ibi citati Oſaſcus & Teſſaur.* pluresque alii apud *Maſcard. de probat. vol.* 2. *concluſ.* 957. *n.* 9. Et ſecundum hanc ſententiam memini me ex facto conſultum bis terve reſpondiſſe: nec aliter potui, cum tot ſint in hanc rem loci clari & perſpicui. *l. tutor.* 35. *pr. ff. de jurejur.* ibi, *omnibus probationibus aliis deficientibus. l. cum de indebito.* 25. §. *pen. ff. de probat.* ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adverſario ſuo de rei veritate jusjurandum inferre abſque ulla diſtinctione. *l. pen. pr. C. de reb. cred.* ibi, *vel in principio litis.* Ergo & quo tempore nihildum probatum eſt. *l. ult.* §. *licentia.* 10. *C. de jur. delib.* ibi, *vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint.* Edictum quoque prætoris indiſtincte loquitur. *l. jusjurandum.* 34. §. *ait prætor.* 6. *ff. de jurejur.* ut & *Impp. in l.* 9. *C. de reb. cred.* Denique & generalis eſt definitio Pauli in *l. manifeſtæ.* 38. *ff. eod. add. l. ult. C. de fideicom.* Ratio hujus ſententiæ hæc eſt, ut actor, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, ſaltem metu divini numinis extorqueat veritatem ab adverſario: & ſecundum hoc recte Donatus in Hecyra Terentii, *ubi*, inquit, *argumenta & teſtimonia deficiunt, jurejurando opus eſt.* Juri quoque divino hæc ſententia optime convenit *Exod. c.* 22. *verſ.* 10. *&* 11. qui locus clare oſtendit, ubi hominum deſunt teſtimonia, ad Deum teſtem poſſe provocari, præſertim quando aſſerendum eſt, quod in conſcientia latet: quo reſpiciens Apoſtolus *Epiſt. ad Hebræos c.* 6. *verſ.* 16. πάσης, inquit, ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος. nec ulla hic prætexi poteſt jurisjurandi recuſandi cauſa, niſi metus perjurii, eo quod recuſans ſibi conſcius ſit ſe, quod petitur, debere.

Ad primum contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo, eſſe illud a diſſimili; nam cum actor inſtrumentis aut teſtibus intentionem ſuam legitime probavit, & de jure ſuo plene docuit, jam cauſa eſt ſatis liquida, ut non oporteat eum onerari ſuperfluo jurejurando: at nulla facta probatione contendente actore ſibi deberi, reoque id negante res eſt dubia, atque adhuc decidenda; & quia deficit probatio ordinaria, confugiendum ad ſubſidiariam illato jurejurando. Ad ſecundum reſpondeo, tantum abeſſe, ut actor, qui probationibus deſtitutus reo jusjurandum defert, probationes de domo rei ſumat, onuſve probandi ei imponat, ut etiam eum ipſum teſtem & judicem in propria cauſa faciat. *l. ult. C. de fideicom.* & qui ob id, ſi jurare recuſet, merito habendus ſit pro confitente ſe malam cauſam habere. *l. maneſeſtæ.* 38. *ff. de jurejur. Diod. Tulden. in C. tit. de reb. cred. n.* 4. Ad tertium, incommodo quod hic objicitur, occurri poſſe juramento columniæ. Notum enim eſt, eum qui jusjurandum de lite detulit, adverſario poſtulante de calumnia jurare debere, id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, aut adverſarium religione utendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita uti dicit, ſe rem habere ſibi plane perſuaſum ſit. *l. jusjurandum.* 34. §. 4. *ff. eod. l. ult. C. de fideicom. l.* 9. *C. de reb. cred.* Neque hæc jurisjurandi de calumnia ſpecies, quamvis rarior hodie ejus uſus ſit, prorſus exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præſtandum eſt, de quo *text. in l.* 2. *in fin. pr. C. de jurej. prop. cal.* §. 1. *Inſt. de pœn. tem. litig.* ſed ſi exigatur, adhuc præſtandum juxta *d. l.* 34. §. 4. *Weſemb. par. ff. de jurejur. n.* 9. *Damhoud. prax. civ. c.* 151. *Merul. lib.* 4. *diſtinct.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 8. *Groenew.*

Groenew. tract. de ll. abrog. ad tit. Inst. de pœn. tem. litig. Ad locos, qui in contrarium adducuntur, facilis responsio est. In *c. ult. pr. ext. de jurejur.* hoc dicitur, juramentum quod in judicio a parte parti defertur recusari posse licite ac referri. Quis vero negat posse recusari, dummodo simul referatur? Manifesta hic committitur fallacia compositionis & divisionis, dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur conjunctim. Etiam sine causa recusari potest a referente; recusari autem simpliciter sine justa causa non potest. In §. 1 *ejusd. cap.* loquitur Gregorius de juramento purgationis & suppletorio seu necessario a judice inspectis personarum & causæ & circumstantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam jurisconsultus in *l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* expresse agit de jurejurando, quod a judice in dubiis causis uni e litigatoribus defertur, id est, suppletorio. In *l. eos qui. 26. §. ult. C. de usur.* Justinianus de juramento purgationis deferendo ei, qui suspectus erat de exercitione fœnoris. Quod autem idem Imperator sancit in *l. si quis. 11. C. de reb. cred.* ne ille, qui primo jusjurandum detulit, & id postea antequam præstitum esset, revocavit, dum existimat se posse probare, quod intendit, ne inquam ille possit mutato iterum consilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ sententiæ assertores minime juvat, quin confutat potius. Tralatitium enim est, cessante ratione legis & ipsam cessare legem. At Justinianus hanc illius suæ constitutionis rationem dat, quia absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavisti, & cum de alia probatione desperasti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo si quis ante jusjurandum non detulit aperte cessat constitutio: neque enim revocasse intelligi potest, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum defert. Ex *l. pen. §. 2. C. eod.* nihil aliud elici potest, quam quod ubi dubitatur utrum jusjurandum recte delatum sit, nec ne, possit quidem de facto recusari; sed an jure recusatum sit, judex dispicere debeat; veluti si delatum sit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is, cui delatum est, &c. Quid ergo, an non manifeste huic sententiæ adversatur regula in *l. 4. C. de edend.* quæ tam diserte actore non probante reum obtinere vult, etsi nihil ipse præstet? Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jurisjurandi ita actori jure tributa est, ut adversario nolente jurare, pro justa probatione ei cedat: neque ad reum confitentem; at qui jusjurandum subire recusat, habetur pro confitente. *l. manifestæ. 38. ff. de jurejur.* Plane si reus non utatur simplici inficiatione negando intentionem actoris, sed exceptione se defendat, eamque probare paratus sit, necessitate juramenti delati vel referendi vel præstandi absolvendus erit. Idemque dicendum est, si dicat se solvisse: cum utroque hoc casu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui possit. Et hic locum habet, quod ajunt, posse paratum probare perjurii evitare suspicionem; at simplicis & puræ negationis nulla est per rerum naturam probatio. *l. actor. 23. C. de probat.* & major metus est perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit, jusjurandum defert, quam ubi nihil: minor, ubi nulla adversus reum præsumptio, quam ubi aliqua. *Diod. Tulden. ubi sup. n. 5.*

CAP.

CAP. XLIII.

An jusjurandum necessarium sive suppletorium judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recusari possit?

JUSJURANDUM necessarium seu suppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in causis dubiis uni ex litigatoribus a judice defertur altero invito, de quo loquuntur textus in *l. admonendi. 31. ff. de jurejur. l 3. l. 12. C. de reb. cred.* & putamus necessarii nomen inde accepisse, tum quod judex illud deferre cogitur, tum quod is, cui delatum est, id subire necesse habeat: tum quod nec remitti a judice, nec referri ab eo, cui delatum est, possit; & denique quia sine hoc jurejurando res expediri non potest ob probationum inopiam, unde & nomen suppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus *c. 11. de jurejur. n. 8.* quem secutus est Treutlerus *disp. de jurej. th. 10.* negant posse cogi judicem, ut hoc jusjurandum deferat, *arg. d. l. admonendi. ff. de jurejur.* in verb. *Solent enim sæpe judices. &c.* & quia ubi actor non plene probat judex vel absolvere reum potest juxta *l. 4. C. de edend. junct. l. 9. C. de testib.* vel saltem ipsi reo jusjurandum deferre, per *l. 3. C. de reb. cred.* & vulgatum illud, non quicquid potestati judicis permittitur, id continuo subjicitur necessitati juris. *l. non quicquid. 40. ff. de judic.* Cæterum contrarium verius esse, nempe judicem necesse habere hoc jusjurandum deferre evidenter arguunt verba *d. l. 3. C. de reb. cred. per judicem jurejurando causa cognita rem decidi oportet.* quibus sane verbis necessitati juris hoc subjicitur, non liberæ potestati permittitur judicis. Et ratio manifesta est, quia aliter in re dubia causam decidere judex non potest, nisi interveniente jurejurando. Unde dicitur hoc esse maximum remedium expediendarum litium. *l. 1. ff. de jurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium judicis & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim judex de qua re semel cognoscere cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controversiæ finem imponere. *l. de qua re. 74. ff. de judic. l. 1. ff. de re jud.* Non obstat verbum *solent*, quo utitur jurisconsultus in *d. l. admonendi.* id enim necessitas significationem illic habet: nempe quia id ex officio & necessitate facere judex solet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni institutæ inservit. Sic dicimus, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt. *l. non solet. 86. ff. de reg. jur.* non solent, quæ abundant, vitiare scripturas, &c. *l. non solent. 94. eod.* nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio ut videlicet nisi deferat judex eo casu, quo oportet aut solet, appellationi sit locus. *Sichard. ad rubr. C. de probat. n. 7. Cyn. in d. l. 3. C. de reb. cred. n. 9. Salic. ibid. n. 5. Bart. in d. l. admonendi. n. 59. Beuster. n. 119.* Quod vero Donellus ait, ubi actor non plene intentionem suam probavit, posse judicem reum absolvere, vel ipsi reo jusjurandum deferre, id ei simpliciter concedendum non esse ex iis, quæ proximo capite disputantur, perspicue apparebit. Remitti hoc jusjurandum a judice non posse, ita ut secundum eum, cui remisit, judicet, sed re ipsa jurari oportere, satis probat textus in *d. l. 3. C. de reb. cred.* ibi, *decidi jurejurando rem oportet.* & textus in *d. l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* ibi, *secundum eum, qui juraverit.* Et ratio minime obscura est, nempe quia judex non est dominus litis, sed adversarius, qui ob id solus delati gratiam facere potest eo effectu, ut pro præ-

præſtito habeatur, ut bene D D. vulgo. At revocare delatum quin judex poſſit non dubito, ſi forte poſtea ſuſpicio inciderit fore, ut pejeret is, cui delatum eſt; aut ſi poſt delationem compererit cauſam alterius meliore jure niti: cæterum revocatum non habebitur pro præſtito. Satis quoque exploratum eſt, recuſari delatum non poſſe, niſi recuſans velit contra ſe ſententiam ferri: excepto ſi forte deferatur de re ignota, veluti ſi deferatur heredi de facto defuncti: nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjurium ſubire. *l. 4. pr. ff. de in lit. jur. l. 34. §. 3. ff. de jurejur. l. 11. §. 2. ff. de act. rer. amot.* Atque hanc cauſam puto ſignificari in *c. ult. ext. de jurejur.* vel ſi a profano judice deferatur illicitum, iiſve verbis conceptum, in quæ vir bonus ſalva pietate & bona conſcientia jurare non poteſt, per *l. 5. §. 3. ff. de jurejur.* Sed & actori, qui intentionem ſuam inſtrumentis aut teſtibus plene probavit, delatum; aut delatum reo, ubi ab actore nihil probatum, recte recuſabitur: aut ſi poſteriore caſu deferatur actori, poterit reus appellare. *Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 4. tit. 24. c. 1. n. 8. & ſeqq.* An referri poſſit, quæſitum eſt. Dubitat Accurſius in *l. 12. §. 1. C. de reb. cred.* Negat Donellus *ad l. 9. C. de reb. cred. n. 18. & ſeqq. item Borcholt. c. 7. de jurejur. n. 9. Mynſing. ad rubr. ext. de probat.* Affirmat *Ant. Faber dec. 19. err. 7.* quem ſequitur vir clariſſimus Collega quondam meus D. Petrus Cunæus in *paratit. manuſcript.* Fatentur quidem illi proprie ei, qui detulit, referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit referri poſſe. Sed tamen exiſtimant poſſe eum, cui judex detulit, illud rejicere in adverſarium ſuum, *arg. d. l. 12. §. 1. C. de reb. cred.* cum ibi Juſtinianus expreſſe dicat aut præſtandum eſſe juramentum, aut referendum, ſive pars parti in judicio, ſive judex parti detulerit: cui ſententiæ hoc conſequens eſt, ſi judex ob ſemiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc caſu parti, cui delatum eſt, in alteram partem id rejicere. Sed reſiſtit ipſa verbi *referre* ſignificatio. Refertur enim, unde illatum eſt. Quod ſi delatum non ex neceſſitate ſuſcipiendum ſit, ſed referri poſſit, cur magis hoc jusjurandum neceſſarium nuncupemus, quam judiciale, cauſam nullam video. Fatemur verba Juſtiniani in *d. l. 12. §. 1.* valde obſcuram habere ſententiam, & agnoſcimus hiulcum illud & moleſtum dicendi genus Triboniano familiare, ſed tamen, ut concedamus verba illa, *vel ex auctoritate judicis cuicunque parti illatum, &c.* de neceſſario accipi debere: tamen quod eodem loco mox ſubjicitur de relatione, id ad jusjurandum judiciale duntaxat pertinere omnino exiſtimamus: ſic ut ſingula ſingulis reſpondeant hoc modo, cui a judice defertur, is præciſe jurare debet; cui a parte, jurare vel referre. Argumento eſt, quod neceſſitas præſtandi relatum non indiſtincte utroque caſu utrique imponitur, ſed uno caſu tantum, & ei cui jure refertur, qui ſcilicet ipſe ante detulit: atque in hunc ſolum quadrat ratio, qua §. 1. *d. l. 12. Quis enim ferendus eſt ad appellationis veniens auxilium in his quæ ipſe facienda procuravit?*

CAP. XLIV.

Quando & quibus in causis a judice deferri possit aut debeat jusjurandum necessarium seu suppletorium?

POTESTAS judicis in deferendo juramento suppletorio tribus conditionibus circumscribitur, ut deferat in probationum inopia, in causis dubiis, & causa cognita. *l. 3. C. de reb. cred. & jurejur. l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Primum igitur necesse est, ut causa laboret inopia probationum: nam probationibus suppetentibus aut supervacuum est hoc jusjurandum, si deferatur actori: quia & sine jurejurando satis probatum, ut secundum eum debeat judicari: aut iniquum, si deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet juxta formam juris *l. negantes. 9. C. de obl. & act.* Deinde ut deferatur non in quavis inopia, sed in causis dubiis duntaxat. Dubias autem causas definio non eas, in quibus pares utrinque probationes sunt (tunc enim reum absolvi oportet. *c. ex literis. §. ult. ext. de probat. c. inter dilectos. 6. ext. de fid. instrum. arg. l. inter pares. 38. ff. de re jud. l. Arrianus. 47. ff. de oblig. & act. cum similib.*) sed eas, in quibus judex dubius est ob minus plenas probationes allatas, puta si actor unum inculpatum testem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei juramentum suppletorium deferri: ac tales casus plures occurrere possunt; ita *DD. comm. in d. l. admonendi. & d. l. 3. Wesenb. par. de jurejur. n. 10.* & hæc sententia in omnibus curiis recepta, eamque hodie sequimur. *Costal. in d. l. admonendi. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 23. c. 1.* Ab hac tamen sententia, quasi juri Justinianeo minus consentanea, recedunt *Duar. lib. 2. disp. 33. Donell. de jurejur. c. 11. n. 4. Ant. Fab. 19. conj. 1. Bronchorst. 2. assert. 93.* contendentes, dubias causas intelligi eas, in quibus par est utrinque & plena probatio, atque isto demum casu locum habere, quod de jurejurando suppletorio sive necessario deferendo præcipitur. Sed hæc potius illorum opinio juri nostro minus consentanea, imo plane non convenire videtur. Neque enim potest dici causa laborare inopia probationum, cum ab utraque parte plene probatum est: sed tunc actoris probationibus per contrarias rei elisis perinde habendum erit, ac si nihil probatum esset, & reus, ut dixi, absolvi debebit. *c. cum sunt. ext. de reg. jur. in 6. per l. ubi pugnantia. 188. ff. eod.* Et vero si, ut illi volunt, ubi actor uno teste probavit, & reus nihil, nihilominus reus absolvendus sit, multo magis absolvendus erit, ubi ille totidem testes pro se produxit, quot actor. *Matth. Wesenb. consil. 13. n. 3.* Nec quod illi regerunt, magni momenti est, nempe alias effici, ut hoc jusjurandum deferri queat, etiam ubi nihil probatum est. Nam primum tunc non potest dici causa dubia. Deinde aliud est defectus probationum, ubi nullæ suppetunt; aliud inopia, ubi quædam suppetunt, sed ancipites aut minus idoneæ. *Cujac. lib. 22. obs. 28. in fin.* Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minor est egestate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam, &c. dicimus, non cum plane nihil, sed cum non quantum satis est, suppetit.

Sed expendamus singula, quæ huic sententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porro argumentantur in contrarium: Aut probat actor, aut non probat. Illo casu vincit sine jurejurando. *l. 9. C. de oblig. & act.* hoc casu reus absolvi debet. *l. 4. C. de edend.* Respon-

Reſpondeo, eſt medium quiddam, cum ſcilicet actor neque omnino probat, neque nihil, ſed aliquid, &, ut loquuntur, ſemiplene. Non enim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egiſſe, propterea quod judex ei penitus aſſentiri non debet, *arg. l. 3. §. 1. & 2. ff. de teſtib.* Ajunt paria eſſe non probare & non perfecte probare, per *l. 6. ff. qui ſatiſd. cog.* & cum lex exigit probationem, exigere juſtam & legitimam. *l. ult. C. de probat.* Reſpondeo, ratio hæc obſtaret, ſi ſemiplenam probationem ſufficere diceremus. At nunc contra, quia ea per ſe non ſufficit, ſed opinionem duntaxat inducit, ideo dicimus ad ſuppletorium hoc juramentum judicem recurrere poſſe & debere. Nimirum paria quidem iſta ſunt in eo, quod nec imperfectæ probationis ea vis eſt, ut fidem & aſſenſum mereatur, quia per ſe inefficax: ſed quando alia adminicula accedunt, ut fieri poteſt. *l. 5. l. 6. C. de probat.* jam pro perfecta cedit, & plenam fidem facit. Inſtant tamen & ajunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum, *arg. l. ſpadonem. 15. §. qui jura. 11. ff. de excuſ. tut.* unde colligunt nec jusjurandum junctum cum ſemiplena probatione poſſe efficere probationem plenam. Sed non eſt novum, ut duo aut plura, quæ per ſe ſingula infirma ſunt aut inefficacia, juncta ſimul & coacervata, vires & efficaciam conſequantur, verbi cauſa, unius teſtis, quamvis omni exceptione majoris, teſtimonium plenam fidem non facit: ſed ſi ea, quæ dicit, conſentiente fama, aliiſve veritatis indiciis confirmentur, jam illius teſtimonium pro plena probatione habendum eſt. *l. 5. & 6. C. de probat.* Similiter etſi ſingula pacta per ſe actionem non producunt, ſi tamen id quod pacto quis promiſit, ſe ſoluturum pacto item deinde conſtituat, aut alius pro eo, hic actio pecuniæ conſtitutæ jure prætorio in conſtituentem datur. *l. 1. & tot. tit. ff. de pecun. conſtit.* Sic etſi neque ſponſalia, neque concubitus per ſe matrimonium efficiunt, ſi tamen ad ſponſalia accedat concubitus, tranſeunt in matrimonium. *c. veniens. 15. c. is qui fidem. 30. ext. de ſponſal.* Et ut favore pupillorum receptum ſit, ne duæ aut plures imperfectæ excuſationes unam aliquam perfectam efficiant: in noſtro tamen caſu alius favor eſt, qui ſuadet, ut imperfectæ probationes duæ vel plures unam perfectam probationem repræſentent, ne ſcilicet probationes redigantur in anguſtum contra *l. quoniam. in fin. C. de hæret. l. pen. pr. C. de reb. cred. & jurej. Sichard. in l. 3. C. d. t. n. 12.* Plane ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus ſolennitatem & ſubſiſtentiam certus numerus teſtium deſideratur, quorum uno deficiente actus ſit nullus, ut in teſtamentis, hic ſi pauciores ſint adhibiti, juramento ſuppletorio non eſt locus. *l. ſi unus. 12. C. de teſtam. Salic. in d. l. 3. n. 16.* Sed fortaſſe nihil adhuc profeciſſe videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem eſſe nullius, & expreſſe legibus vetitum eſſe unius teſtis, quantacunque dignitate præditus ſit, reſponſionem audiri. *l. jurisjurandi. 9. §. 1. C. de teſtib.* Reſpondemus ne nos quidem hoc dicere, unius teſtis vocem eſſe audiendam, id eſt, credendum eſſe unius teſtimonio: credere eſt plene aſſentiri. Poteſt tamen unius viri honeſti & gravis teſtimonium movere animum judicis & creare etiam non levem ſuſpicionem. Opponuntur in *l. 3. §. 2. ff. de teſtib.* quid aut credat judex, aut parum probatum ſibi opinetur. Non ideo tamen, qui parum probavit, nihil egit: licet ob id judex ei credere non debeat ſeu penitus aſſentiri. Senſim ad firmam aſſenſionem pervenitur & quaſi per gradus. Plerumque levi primum ſuſpicione judex movetur, mox etiam vehementiore, quæ opinionem inducit; tandem ſuccedit & plena perſuaſio ac firmus aſſenſus, accedentibus

bus aliis atque aliis veritatis indiciis. Ac plane ut fides & assensus modo plenus & integer, ac firma persuasio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente: ita & probatio argumentum faciens judici fidem. Collectio ex Callistrato in *d. l. 3. §. 1. & 2. ff. de testib.* Cum autem satis constet ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.* plures probationes imperfectas, licet diversi generis, jungi, & ita junctas firmum assensum mereri posse, necesse est, ut per se quoque singulæ consistant & aliquid operentur. Finge ab actore produci testem unum, hominem spectatæ fidei, eaque, quæ dicit, aliis quibusdam veritatis argumentis confirmari: quamvis singula hæc per se plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & juncta, quod singulis pondere deest, numero supplent. Finge proferri chirographum, quod is adversus quem profertur, a se scriptum neget, eumque esse hominem vilem & contemptum, cum is, qui profert, sit vir gravis & integræ existimationis, accedere testem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur, numerari viderit, non poterit non judex moveri, quin opinetur actorem bonam causam habere: sed quia hæc probatio sola & per se plenam fidem non facit, quæ scilicet ad definiendam controversiam & sententiam secundum eum, qui nihil amplius præstitit, ferendam sufficiat, hic dicimus rem ita transigi oportere, ut judex in supplementum ejus, quod ad justam probationem deest, actori jusjurandum deferat, eoque ab actore præstito, secundum eum judicet. *d. l. admonendi. & d. l. 3. C. de reb. cred.* Qui hæc negant, & superiorem distinctionem non admittunt, illi in arguendo laborant petitione principii, postulantes sibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod est in quæstione, quæ manifesta captio est. Quæstio hæc est, an omnino jus præscribat & præcipiat, ne ullum argumentum, aut ulla ratio in judiciis admittatur, nisi ex qua una sola perfecta rei gestæ fides adstruatur? Si hoc verum est, non aliæ rationes in judiciis admitti atque a judice audiri debent, quam quæ seorsum per se singulæ sunt quasi apodicticæ non alia instrumenta, quam ubi per se quodvis sufficienter probat, eamque fidem judici facit, quæ movere eum possit ad sententiam secundum eum, qui istud profert, ferendam: At consequens hoc falsum esse supra satis demonstratum est ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.*

Tertia conditio, qua potestas judicis in deferendo jurejurando suppletorio limitatur, est, ut id deferat causa cognita, *l. 3. C. de reb. cred.* Hoc autem nihil aliud est, quam ut judex ei deferat, cui deferri ob justas causas æquius esse videbitur, non enim statim, v. c. actori, qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, sed inspiciendæ prius personarum & causæ circumstantiæ. *c. ult. ext. de jurejur.* Itaque nihil, meo judicio, præcise hic definiendum: sed multa examinanda sunt, priusquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur: in primis fides cujusque & conditio personæ, qualitas & pondus rei, de qua agitur, testium item, qui producuntur, prudentia; denique & probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis judex ex animi sui sententia æstimabit, an jusjurandum & utri deferri debeat. Perniciose igitur errant judices, qui hoc jusjurandum passim & sine delectu deferunt, de quo queritur Joan. Oldendorp. in *tractat. de probat.* Quædam etiam causæ sunt, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. cujusmodi sunt causæ criminales, utpote in quibus probationes non tantum plenæ esse debent, sed etiam luce meridiana clariores. *l. ult. in fin. C. de prob.* nec admittendæ propter inopiam aliarum probationes præsumptivæ,

qualis

qualis est probatio per juramentum. *l. 5. pr. ff. de pœn. l. antepenul. ff. de quæst. Sichard. in l. 3. C. de reb. cred. n. 5. Gail. 2. obs. 94. n. 3. Mynsing. 2. observ. 87. Fachin. 1. contr. 25. Costal. l. 3. ff. de jurejur. Diod. Thulden. in C. de reb. cred. n. 9.* quanquam hic reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis. *Novell. 124. c. 2.* unde *auth. novo jure. C. de pœn. jud. qui mal. jud. c. 5. & ult. de purg. cau. c. 1. ext. de confess.* Item causæ matrimoniales. *Gail. d. loc. Covar. de matrim. p. 1. c. 4. §. 1. n. 8.* Item causæ civiles arduæ & magnæ quantitatis. *Sichard. d. loc. n. 8. Gail. 1. obs. 108. n. 11. Mynsing. 1. obs. 68.* In quibus tamen, si plus quam semiplene probatum est, huic jurijurando locum esse volunt, puta si cum semiplena probatione concurrat aliqua suspicio aut conjectura. *Gail. d. loc. decis. 57. Cur. Holland.*

CAP. XLV.

An judex possit ab initio modum statuere jurijurando in litem, & an ex causa possit id non sequi, vel a principio non deferre?

EST genus aliquod jurisjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei soli defertur actori, & a nostris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ sunt species, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis interpretes appellant. Affectionis jusjurandum est, quo actor jurat, quanti rem æstimet ex affectione, quod sæpe verum rei prætium excedit. *l. 1. l. 8. ff. de in lit. jur.* veritatis, quo jurat actor, quanti rem æstimet ex vero, seu quanti vere ipsius intersit, omni affectione semota. *l. 2. §. 1. ff. eod.* Prius in specie vocatur in litem: quanquam & posterius sic appellatur. *l. 5. §. ult. cum l. seq. ff. eod.* Utrumque defertur a solo judice. *l. 4. §. 1. ff. eod.* Posterius etiam in strictis judiciis defertur, re post moram aut culpa debitoris perempta. *d. l. 5. §. ult. & l. seq.* Prius tantum in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum aut contumaciam non restituentis aut exhibentis. *d. l. 5. pr. & §. 3. l. 8. eod. l. 3. §. 2. ff. commod. l. qui restituere. 68. ff. de rei vind. cum similib.* Ad hoc posterius videlicet jusjurandum affectionis pertinet, quod legimus licere actori in infinitum jurare, atque id etiam judicem sequi debere, *l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. d. l. qui restituere. §. 1. de rei vind.* nec potest dici pejerasse, qui ex affectu jurejurando rem æstimat; quia de arbitrio suo & affectu juravit, non de vero prætio. In infinitum autem idem valet, quod in immensum, ut id postea in *d. l. 4. §. 2.* explicat Ulpianus, id est, etiam in eam summam, quæ longe rei prætium ac pene modum in eo excedat; dum tamen certa summa dicatur, ad quam lis æstimetur. Hæc enim istorum locorum sententia est, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum est, certa quantitas ad quam usque juretur, non est definita, ideo necesse non esse, ut jurans hic servet certum aliquem in jurando modum. Sed posse eum ex affectione pro arbitrio suo rem æstimare, & in eo affectioni suæ etiam immodice indulgere. Eodem sensu Justinianus in *§. & unum. 4. Inst. de hered. instit.* dicit posse testatorem in infinitum quotquot velit heredes instituere. In infinitum, id est, εἰς ἀπέραντον. ut infinitum istic accipiatur pro indefinito incertoque heredum numero. Porro tria de hoc jurejurando inter alia in dubium vocantur. 1. an judex possit ab initio modum huic jurijurando statuere, ad quem usque juretur. 2. an possit aliquando judex id non sequi. 3. an possit in totum non deferre. Negat hæc omnia *Ant.*

Faber. 16. conjeƈt. 17. & dec. 18. err. 10. contendens nec ab initio taxationem, nec poſtea diminutionem aut ſolutionem judici apud veteres permiſſam fuiſſe: imo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem conſtanter dicimus poſſe atque olim etiam potuiſſe judicem taxationem huic jurijurando adjicere; poſſe & potuiſſe jusjurandum non ſequi, ſed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorſus abſolvere; denique poſſe & potuiſſe id a principio non deferre. Ad hoc autem probandum non eſt neceſſe uti argumentis longe petitis: loci in medio poſiti ſunt veterum Juriſconſultorum Ulpiani, Marciani & Pauli, quibus idem illi, quod nos, & tantum non iiſdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet, Ulpianus in *l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur.* quærit, an judex modum jurijurando ſtatuere poſſit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occaſione juretur in immenſum: & reſpondet etiam hoc arbitrio bonæ fidei judicis congruere. Marcianus in *l. 5. §. 1. ff. eod.* poteſt, inquit, judex præfinire certam ſummam uſque ad quam juretur. In *l. 3. §. 2. ff. ad exhib.* Ulpianus ait in actione ad exhibendum notandum eſſe, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari ei poſſit, judice quantitatem taxante. Paulus in *l. arbitrio. 18. ff. de dol. mal.* ait poſſe per contumaciam ſuam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit, ſed officio judicis debere in utraque actione (de dolo ſcilicet, & quod metus cauſa) taxatione jusjurandum refrænari. Ex iiſdem locis ſimul intelligimus, jurare quidem in infinitum, ſeu in eam ſummam, quæ prætium rei longe excedat licere, atque id quoque judicem ſequi, ſed tunc cum taxatio jurijurando adjecta non eſt: cæterum ſi judex certam ſummam præfiniverit, ad quam uſque juretur, tum ultra jurare non licere. Non obſtat *l. qui reſtituere. 68. verſ. ſi vero non poteſt. ff. de rei vind.* quoniam verba illa Juriſconſulti, *ſine ulla taxatione*, minime referenda ſunt ad vocem *damnandus*, ſed conſtruenda & conjungenda cum verbo *juraverit*, ut in ipſo textu, ut ſit ſenſus, cum juravit nulla taxatione a judice præfinita, id judex ſequi debet. Sed & ſi judex modum jurijurando non ſtatuerit, aut intra modum ſtatutum juratum ſit, poteſt tamen jusjurandum non ſequi, & vel minoris reum condemnare vel prorſus abſolvere: utique ex magna cauſa & poſtea repertis probationibus: verba ſunt Ulpiani in *d. l. 4. §. 3.* & eſt arg. in *l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Magna cauſa eſt veluti ſi doceatur reum non deſiiſſe dolo poſſidere, aut petitorem non eſſe dominum fundi, aut pro parte non eſſe, aut partem duntaxat a reo per contumaciam non eſſe reſtitutam; atque hic locum habet, quod Juriſconſultus ait, poſſe judicem vel minoris reum condemnare, vel prorſus abſolvere. Nec quidquam mutat *auth. poſt jusjurandum. C. de judic.* ubi non agitur de jurejurando affectionis, ſed veritatis, quo impenſæ litis a victore æſtimantur. *Gloſſ. ibid.* Quod ſi ex novis inſtrumentis hoc jusjurandum retractari poteſt, poterit etiam ab eo appellari. Eſt enim hoc jusjurandum in hujuſmodi caſibus ſimile neceſſario ſeu ſuppletorio, quia utrumque judex non pars parti defert, & defert altera parte invita. Fac. *l. ult. §. 1. ff. de appellat. Duar. ad l. 5. ff. de in lit. jur.* quanquam in aliis propius accedit ad voluntarium, quoniam actoris cauſa comparatum eſt, qui idcirco id impune recuſare poteſt, ſi de vera æſtimatione probare velit, ut recte Bartolus ad *l. ult. ff. de in lit. jur. Borcholt. tr. de in lit. jur. c. 3. n. 27.* & eſt in eam rem textus expreſſus in *l. quod ſi poſſeſſor. 71. ff. de rei vind.* Quod vero in *l. 4. pr. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut jurent, cogi non poſſe, id propter ſpecialis dubii in his perſonis rationem notandum fuit, quia ſi recuſent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno inde accepto pulſari poſſunt. Conditio autem in *d. l. 4. in fin. pr. ſi velit.*

propria est hujus jurisjurandi, non adolescentis. *Borch. d. tract. de in lit. jur. c. 3. n.27. & seqq. Donell. 26. comm. c. 12.* Quid igitur est, quod Paulus in *l. ult. ff. eod.* scribit, ex necessitate juris in litem jurari? Respondeo primum Paulum non loqui de jurejurando in litem affectionis, sed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere necessitatem aliquam juris publici, sed privati; quia cum æstimatio rei, quæ non extat, difficilime probari possit, necesse sit actori jurare, nisi eam sibi perire velit: & denique, sic Paulum loqui respectu judicis, quia judex sine delatione jurisjurandi non potest æstimare rem, quæ non extat. *l. 5. §. ult. ff. eod.* Illud autem ineptum est, quod quidam ajunt, in *d. l. ult.* agi de necessitate patiendi delationem jurisjurandi imposita contumaci, non de necessitate imposita ei, cui defertur: nam neque, ut jam diximus, de jurejurando affectionis, quod ob solam contumaciam defertur, illic agitur; neque verbis Jurisconsulti, qui ex necessitate juris in litem juravit, talum sensum affingent, qui Latine sciunt, ille jurat ex necessitate juris, id est, alter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum jurijurando statuere potest, ita & potest ab initio in totum non deferre: imo propterea quod judici licet in totum a principio non deferre, ideo & modum jurijurando statuere potest, ne ultra certam quantitatem juretur. Ratio & collectio Ulpiani in *d. l. 4. §. 2.* item Marciani in *d. l. 5. §. 1. ff. eod.* & ibi vulg. DD. Potest ergo judex & taxare quantitatem, in quam juretur, & ideo potest, quia potest in totum jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod Ulpianus in *d. l. 4. §. 1.* scribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre: quippe quo hoc tantum significatur, si quo casu deferendum sit, a judice deferendum esse, non a parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus etiamsi de dolo & contumacia adversarii aperte & liquido constet, esse in potestate judicis non deferre, sed ubi de eo ambigitur nec satis liquet. Nam quæ judicis arbitrio permissa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, sed commissa viro bono, cum necessitate arbitrandi & statuendi, quod sibi æquius melius videbitur. *arg. l. si sic legatum. 75. ff. de legat. 1. Duar. ad tit. de in lit. jur. n.29. Coras. ad l. 5. eod. n.21.* Mirabitur jam forte aliquis, quid Ant. Fabrum moverit, ut contra tot expressos & claros textus superiora omnia negaverit: neque injuria. Nihil enim ille ad confirmationem opinionis suæ profert præter locos in *l. qui restituere. 68. ff. de rei vind. l. 4. in pr. & §. 1. l. ult. ff. de in lit. jur.* in quibus tamen nullum ei præsidium esse, satis abundeque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adscribere, quasi in iis ipse sermo Triboniani eluceat. Ait igitur *d. l. 4. §. 2.* a verbis, *Sed an judex, &c. & §. seq.* item *l. 5. §. 1. & 2. ff. de in lit. jur. l. arbitrio. 18. pr. vers. sed officio. ff. de dol. mal.* esse ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque istam ignotam veteribus primum a Zenone introductam *l. 9. C. unde vi.* Sed profecto tot illustres, quos modo citavimus, locos ex π. in quibus est tersus & emendatissimus ac genuinus veterum sermo, minime redolens Tribonianum, Triboniano adscribere nimis temerarium est. Aliter olent catuli, aliter sues. Subactæ in Latinitate & legibus Romanis aures facile verba veterum Jurisconsultorum discernunt a circumducta & molesta oratione Justiniani aut Triboniani. *Legitimumque modum digitis callemus & aure.*

CAP.

CAP. XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præscriptis verbis & condictio ob causam dati?

CONTRACTUUM innominatorum quatuor genera facit Paulus in *l. 5. pr. ff. de præscr. verb.* do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem constat, præscriptis verbis, & condictionem ob causam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, visum fuerit. *d. l. 5. §. 1. & §. 2. ff. eod l. 7. §. 2. ff. de pact.* Præscriptis verbis agam, si velim, ut ille, cui dedi, etiam ex sua parte contractum impleat, id est, ut & ipse det vel faciat, quod convenit. Atque hoc casu si non dederit aut fecerit, damnabitur mihi quanti interest mea illud, de quo convenit, datum aut factum esse, etiamsi de re certa danda convenerit. *d. l. 5. §. 1. 2. & 5. l. 4. & 2. seqq. C. de rer. permut.* Quod si is, cui dedi, cesset dare aut facere & velim meum recipere, hic altera actione experiri mihi licebit, nempe condictione ob causam dati, qua repetam quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. *d. l. 5. §. 1. & 2. l. 7. ff. de præscr. verb.* Hæc autem actio non est ex contractu innominato, qui verus est contractus, sed quasi ex contractu seu tacita quadam conventione, & extra id quod expresse actum est, nascitur. *l. 13. in fin. ff. commod.* Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, aguntur, alterum expresse, ut vicissim des vel facias; quæ conventio efficit contractum innominatum, unde est actio præscriptis verbis in id, quod interest: alterum tacite, ut si non fiat vel detur, de quo convenit, liceat datum repetere. Atque ex hac quasi tacita conventione & quasi contractu oritur condictio hæc ob causam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, & facio ut des, utraque superior actio non competit: sed ut una tantum hic, eaque expressa est conventio, unusque contractus innominatus & verus, & ita una duntaxat ex utraque actio. Tacita conventio hic nulla aut quasi contractus, ex quo ad repetendum condictio ob causam dati, quia nihil datum, sed factum est; facta autem repeti non possunt, nec infecta per rerum naturam fieri. Quænam igitur actio duobus istis casibus dabitur? Et quidem ex contractu facio ut facias datur actio præscriptis verbis. *l. 5. §. 4. & 5. l. 9. l. 12. ff. de præscr. verb.* condictioni autem ob causam dati hic locus esse non potest, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem facio ut des non alia, quam de dolo dari videtur. *d. l. 5. §. 3. l. 15. §. fin. ff. eod. l. 4. C. de dol.* in cujus specie est contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hic condictio ob causam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti aut infecta fieri non possunt. Cur autem ex contractu facio ut des non æque detur actio præscriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do ut facias, facio ut facias, subtilissimæ disquisitionis est: nec videtur esse perpetuum. *d. l. 15. l. si tibi. 22. ff. de præscr. verb. l. 6. C. de transact.* Et sane his locis etiam ex contractu facio ut des actio præscriptis verbis datur, contra quam diserte Paulus in *d. l. 5. §. 3. ff. de præscr. verb.* Non enim possis cum Donello *tract. de præscr. verb. c. 10. & seqq.* Pauli responsum accipere de eo casu, quo is, qui fecit, a contractu recedere cupit, quo casu cum condictioni locus esse non possit, cum facta repeti nequeant, in ejus locum succedat actio de dolo; quia in tota illa lege ex professo

fesso agitur de actione præscriptis verbis, non de condictione nisi obiter, quippe quæ nec ex conventione expressa aut contractu innominato, nascitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa disputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præscriptis verbis apparet ex §. 2. *in fin. d. l.* 5. ubi cum actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis ex articulo do ut facias concessisset, mox §. *seq.* 3. subjicit, ex articulo facio ut des nullam esse civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non nisi inepte talis casus proponatur, quo quis vult a contractu recedere, ubi nullo modo recedi potest, nec pœnitentiæ datur locus? Vetus interpres Azo eumque secutus Accursius in *d. l.* 5. §. 3. & nonnulli alii tum veterum tum recentiorum ita distinguendum esse arbitrantur. Cum aliquid contrahitur synallagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium transit, ajunt, ex contractu innominato nasci civilem actionem præscriptis verbis, ut in *l.* 7. §. 2. *ff. de pact. l.* 5. §. 1. & 2. *ff. de præscr. verb.* idemque esse, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abest, ita & huic aliquid adsit, ut in *l. si polienda.* 22. *ff. d. tit. l.* 6. *C. de transact.* Nunquam enim jure civili alicui actionem dari ejus rei nomine, quæ ipsi abest, contra eum, cui plane nihil ex eo adest. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias contrahatur συνάλλαγμα, seu negotium civile, etiam civilem actionem præscriptis verbis ex utroque nasci. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non sit nuda, sed non semper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum sit συναλλάγματος & actionis civilis. v. c. Stichum servum meum manumisi, ut mihi Pamphilum dares. Indicavi tibi servum tuum fugitivum, ut mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etsi mihi aliquid abest, tibi tamen nihil adest, nullum commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abest, quamvis tu commodum aliquod occasione indicii consequaris. Itaque his casibus cessante actione civili præscriptis verbis, siquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, sin minus in factum. *d. l.* 5. §. 3. *l.* 15. *in fin. ff. de præscr. verb.* Cum autem utrinque de faciendo actum est, parem esse utriusque rationem, & quia alias etiam loco facti succedit obligatio in id, quod interest, actionem præscriptis verbis, quæ natura sua incerta est, sine distinctione dari. Antonius autem Faber in *rational. ad d. l.* 5. §. 3. & *seq.* putat in hoc articulo admissam esse actionem præscriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cum hic videri possit competere actio mandati propter similitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Cæterum ut ingenue fatear, quod sentio, non possum superiori distinctioni penitus acquiescere. Nam & in specie *d. l.* 15. *ff. de præscr. verb.* quamvis indicanti servum fugitivum nihil absit, tamen propter intercedentem pactionem ob indicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur, id est, præscriptis verbis: & licet mox subjungat, nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actione præscriptis verbis danda, sed hoc significat, secundum quosdam, etiam in hac specie actionem de dolo dari ubi dolus arguitur, relicta actione præscriptis verbis ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit sententiæ Pauli in *d. l.* 5. §. 2. *in fin. ff. eod.* ubi in tali specie, si tibi dedi servum, ut servum tuum manumitteres, eoque a te manumisso, quem dedi, evictus est. Paulus scribit, si sciens dedi, de dolo in me dandam

actionem ex sententia Juliani, si ignorans, in factum civilem. Quanquam locus iste Pauli suspectus merito videtur, propterea quod alibi legimus, Julianum utroque superiore casu dedisse actionum extremas quasi primis deficientibus, in scientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum prætoriam, non civilem; atque eo nomine reprehendi a Mauriciano & Ulpiano in *l. 7. §. 2. ff. de pact.* qui putant utroque casu in factum civilem præscriptis verbis dandam. Et profecto recte: nam si in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda est etiam in scientem non de dolo, & ex contrario si in scientem datur de dolo, necessario in ignorantem danda est in factum prætoria, qui certus est & perpetuus horum judiciorum ordo. Porro nec illud video, quid intersit ad actionem præscriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitteres, cumque tu eum manumisisses, Stichus evictus sit; an ego Stichum manumiserim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu cesses dare. Neque enim aut illo casu ex tua manumissione quicquam commodi pecuniarii in me transit; aut hoc ex mea manumissione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: sunt enim ἐκ τῶν ἀπόρων, nec sine causa existimat Cujacius ad *l. 7. §. 2. ff. de pact.* verbum illud *civilem* apud Paulum in *d. l. 5. §. 2. in fin. ff. de præscr. verb.* esse additamentum Triboniani, & argumentum imperitiæ Compositorum.

CAP. XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est, repetitio detur?

QUÆSITUM est, quomodo accipiendum sit, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Duplex enim error est, unus facti, alter juris. Facti error est, cum aut quod factum est, factum esse nescitur; aut quod factum non est, factum putatur. Contra qui factum quid esse scit, aut non esse factum, & tamen ignorat, quid hic sibi jure tribuatur, in jure errat. *l. 1. ff. de jur. & fact. ignor.* ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis sciens se non debere solvat, cessare repetitionem juris est explorati. *l. 1. §. 1. l. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. ff. de cond. indeb.* quippe cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. *l. cujus. 53. ff. de reg. jur.* Et ex contrario certi quoque juris est repetioni locum esse, si quis cum putaret se debere in facto errans, quod non debebat, solverit. *l. 6. l. 7. C. de cond. ind. l. error. 7. C. de jur. & fact. ignor.* Illud solum quæritur, an etiam ei condictio sive repetitio detur, qui quod non debebat, solvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores *Cujac. 5. obs. 39. Duar. ad tit. de cond. ind. c. 3. Donell. 1. comm. 21. Bronchorst. 2. ass. 36. Perez. in Cod. de cond. ind. 12.* Affirmant interpretes veteres, eosque secuti *Zas. ad rubr. de cond. ind. n. 5. Sichard. ad rubr. & l. C. eod. Wesenb. par. eod. n. 9. Thulden. C. eod. n. 4. Grot. lib. 3. introd. ad jurisp. Batav c. 30. Christin. vol. 3. decis. 8. Bachov. disput. 4. de act. thes. 17.* Antequam vero sententiam nostram aperiamus, quoniam de indebito soluto hic quæritur, operæ prætium erit explicare, quid verbo *indebiti* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum sit, quod neutro jure, id est, neque civili jure neque naturali debetur. Sed quid si jure civili quidem debeatur, non autem jure naturali

rali aut e converso? Si tantum jure civili, id est, si ex ea obligatione debeatur, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum est, ejusque per errorem soluti, ut vere indebiti datur repetitio. *l. si non sortem.* 26. §. 3. *l. qui exceptionem.* 40. *l. si quis.* 43. *l. ex his omnibus.* 54. *ff. de cond. ind.* Nimirum hujusmodi debitum verbo tantum ita dicitur, re autem debitum non est, quoniam naturæ jure non debetur; imo nec vere deberi intelligitur jure civili. *l.* 3. §. 1. *ff. de pecun. constit. l. nihil interest.* 112. *ff. de reg. jur.* Naturale autem debitum, utut jure civili seu summo jure debitum non sit, in hac tamen causa pro vero debito habetur, ideoque etsi exigi non potest, solutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur, sententia innumeris locis tradita. *l. naturales.* 10. *ff. de obl. & act. l. indebiti.* 13. *l. si pœnæ.* 19. *l. si non sortem.* 26. §. *libertus.* 12. *l. Julianus.* 60. *ff. de cond. ind. l.* 3. §. *ult. ff. quod quisq. jur.* Et vero cum etiam id quod natura debetur, in compensationem veniat, summa ratione denegatur ejus per errorem soluti repetitio. Sed etsi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem naturalem consensu constitutam tollere non potest: & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse Julianus & Paulus responderunt. *d. l. Julianus.* 60. *ff. de cond. ind.* Huc item plerique referunt exceptionem senatusconsulti Macedoniani. Nam & filiusfam. si mutuam pecuniam contra senatusconsultum acceperit, & paterfam. postea factus perperam solverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet. *l.* 9. *in fin. & l. seq. ff. de senatusc. Maced.* Affertur & alia denegandæ ex hac causa condictionis ratio in *l. qui exceptionem.* 40. *ff. de cond. ind.* Sed ea non est perpetua, ut apparet ex *d. l. Julianus. eod.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum putarem inter errorem juris & facti per *l. ult. ff. de senat. Maced.* Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur, & pro indebito, quod debetur tantum jure civili. Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & simul naturalis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si etiam ipsa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis est mulieris intercedentis. *l. si mulier.* 16. §. 1. *ff. ad sen. Vell.* prodigi promittentis. *l.* 6. *ff. de verb. obl.* aut alias destituta sit juris civilis auxilio, licet admittat accessiones, qualis est pupilli sine tutoris auctoritate contracta, talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio soluti datur, ac si quod ex ea causa solutum est, ne jure quidem naturali deberetur. *l. qui exceptionem.* 40. *& l. seq. ff. de cond. ind. l.* 9. *C. ad sen. Vell. d. l.* 6. *ff. de verb. obl.* Ejusdem generis est & obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solennis, vel legantis supra dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet. *l.* 9. *C. ad leg. Falcid. l.* 7. *C. de cond. ind.*

Jam quod ad quæstionem propositam attinet, subscribo sententiæ veterum interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse, si nulla subsit naturalis obligatio. Movet me primum hæc ratio, quod condictio

indebiti ex bono & æquo introducta est. *l. pen. ff. de cond. ind.* ac proinde non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi potest. Quam vero æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod ne natura quidem debebatur, sive quod causa debendi ab initio non valuit, sive quod effectum non habuit, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur. *l. 14. ff. de compens.* accessiones non admittat. *l. 3. §. 1. ff. de pecun. constit. l. 7. ff. de fidejuss.* cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione. *l. nam posteaquam. 9. ff. de jurejur.* quo tamen & ipso ostendit se id pro debito non habere; quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, repeti non posse? Prima enim æquitatis regula est, neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem. *l. nam hoc. 14. ff. de cond. ind.* Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non possum adduci, ut credam exactum ex his causis, licet per errorem juris solutum sit, retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut quod metus causa. Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. 7. ff. de cond. ob turp. caus.* Ubi Pomponius diserte ait, ex stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta sit pecunia, repetitionem esse. Porro & extra hujusmodi casus Julianus post Nervam & Atilicinum respondit, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. *l. qui se debere. 7. ff. de cond. caus. dat.* Similes loci sunt in *l. cum is. 32. §. 1. l. si quis. 43. l. si fidejussor. 59. ff. de cond. indeb. l. 5. C. eod.* His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare potest, nisi summe negligens, quæ ignorantia pro ignorantia juris habetur. *l. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ign.* nemo enim potest proprii facti ignorantiam prætendere. *l. 7. ff. ad senat. Vell. add. l. mandatum. 57. ff. mand. l. 1. pr. ff. ut in poss. leg.* Præterea etiam hoc me movet, quod in toto titulo *π. de cond. indeb.* alias satis prolixo, nusquam aut errori facti tantum repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur; sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est, omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non possit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscunque sit, non obstare repetitioni, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probant tum *l. 1. §. 1. & l. si non sortem. 26. §. 3. ff. eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere, nimirum quia donasse intelligitur. *l. 53. ff. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob caus. dat.* quod sane de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putavit, dici non potest: nec aliam ob causam in specie *l. 1. pr. ff. ut in poss. leg.* condictio satisdationis conceditur jus ignoranti, scienti denegatur. Postremo vel maxime me illud movet, quod a Papiniano responsum est in *l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perspicue evincere mihi videor, etiam id quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc responderi possit sine cavillatione. Nam certe illa Neotericorum responsio captiosa est, quod con-
dicens

dicens non laborat de re amittenda, sed de re amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero hic de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis, negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit recuperare. Et tantum non ridiculum est, quod ajunt errorem juris solventi profuturum ad lucrum, si rem recuperaret, eo quod translato per solutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quasi vero damno non afficiatur, qui dominium rei suæ in perpetuum amittit, aut lucrum sentiat, cui damnum resarcitur. Lucrum non intelligitur, nisi quod deducto damno superest: nihil autem amplius hac condictione recuperatur, quam quod damnum abstulit. Et omnino quod idem Papinianus in *l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Nec obstat huic definitioni *l. si fidejussor. 29. §. 1. ff. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat, & fidejussor, qui cum factum non ignoraret, in jure errans solvit: negaturque hoc casu competere fidejussori actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Ex iisdem locis aperti erroris convincuntur, qui eandem scientiæ & ignorantiæ juris rationem esse volunt. Quid enim si accipiens quoque in jure erret, dicentne hunc furem esse? aut si sciat esse indebitum & creditorem se simulet, negabunt esse furem, propterea quod solvens eo quod in jure errat, pro sciente & donante habeatur? *vid. l. quoniam. 18. ff. de cond. furt. l. falsus. 43. pr. ff. de furt.* Quid ergo est? Acquirere volentibus juris error non prodest. *d. l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* exempla in *l. 4. ff. eod. l. 10. ff. de bon. poss. l. nunquam. 31. ff. de usuc. l. 11. C. de jur. & fact. ign.* suum vero petentibus & in damnis amittendæ rei suæ non nocet. *d. l. 7. & d. l. 8.* Et quod dicitur juris ignorantiam nocere *l. 9. ff. eod.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere: cæterum nec damno. Enimvero meminisse oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quo minus solutum repeti possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is, qui solvit, natura qualis debitor est, quæ res simul justam retinendi causam accipienti tribuat, hoc sane casu distinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce, cum essem filiusf. mutuam pecuniam contra senatusconsultum accepi, & paterf. factus solvi, si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti, contra. *arg. l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 9. in. fin. cum l. seq. junct. l. ult. ff. de senat. maced.* Solvi fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solennem, quia forte quinque testes non adfuerant, qui numerus in fideicommissis legitimus est. *§. ult. Inst. de fideic. hered.* Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, si errore facti, repetitionem habeo, si errore juris non item. *l. 2. C. si adv. solut. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falcid.* Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, *arg. l. 2. C. de fideicom. l. in testamento. 38. de fideic. libert. l. 5. §. si quis. 15. ff. de don. int. vir. & ux.* justam facit retentionem: & hoc puto significare Grotium *lib. 3. introd. ad jurisp. Bat. c. 30.* his verbis, *Ten waar eenige rechtmatige reden tot de betalinge hadde gedient.* Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt & alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in *l. 10. C. de*

jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. indeb. Nam profecto ob hoc solum, quod ego in jure erravi, tu justam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro, *arg. l. non debet. 41. §. 1. ff. de reg. jur.*

CAP. XLVIII.

An mulier ex quavis causa etiam extra judicium efficaciter renuntiet senatusconsulto Vellejano?

FOEMINÆ non minus, quam masculi ex contractibus suis obligantur. Excepta est intercessio senatusconsulti Vellejani providentia. Id autem ideo senatus providit, ne fœminæ virilibus officiis (cujus generis est & intercessio, *l. 2. ff. de reg. jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non sola opera nudumque ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris. *l. 1. pr. & §. 1. ff. ad senat. Vellejan.* Et proinde prospexit senatus, ne remoto præsentis periculi metu alienam obligationem facilitate sua suscipiendo (ut est sexus avarus quidem sed incautus non prospiciens damnum, quod ante oculos positum non est) obstringerentur. *l. 2. §. 2. ff. eod.* Subvenit autem ita mulieri, ut si de intercessione constet, nulla actio petitiove adversus eam detur: aut si hoc non satis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur, *arg. l. 9. pr. ff. de jurejur.* totam denique obligationem senatus improbavit. *l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vell.* Sunt autem nonnulli casus, quibus cessat senatusconsulti auxilium. 1. si mulier se obligavit pro manumissione. *l. pen. C. eod.* 2. si pro dote. *l. 12. l. ult. C. eod.* 3. si in rem suam, puta pro suo procuratore fidejussit. *l. 3. l. aliquando. 13. l. si pro. 21. & l. seq. ff. eod.* 4. si apud minorem intercessit pro debitore inope. *l. 12. ff. de minorib.* 5. si dolo eum deceperit, cui se obligavit. *l. 2. §. 3. l. si decipiendi. 30. ff. ad senat. Vell. l. 5. C. eod.* 6. si prætium intercessionis acceperit. *l. antiquæ. 23. C. eod.* 7. si debitori principali successerit, pro quo se obligaverat. *l. 8. §. plane. 13. ff. eod.* 8. si intercessionem ante biennium factam post biennium confirmaverit, atque se obligaverit iterato. *l. si mulier. 22. C. eod.* sed pro extraneo nempe, non pro marito: nam si pro marito intercesserit, etsi sæpius intercessionem repetiit, tamen intercessio inutilis est. *auth. si qua mulier. C. eod.* 9. si beneficio senatusconsulti renuntiaverit, quod citra controversiam receptum est in duabus causis; in tutela liberorum a matre aut avia suscepta. *auth. matri & aviæ. C. quand. mul. tut.* item si pro eo, pro quo mulier intercessit, parata sit judicium accipere, ejus liberandi causa. *l. ult. §. pen. ff. ad senat. Vell.* quorum alterum rei necessitas expressit, recepta scilicet matris & aviæ tutela; alterum juris, quippe quod admissa solutione omnino consequens fuit. *l. solutione. 23. ff. de solut.* Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia causa extra prædictas efficaciter renuntiet senatusconsulto, non quidem in foro, ubi sententiæ numerari solent, sed in Academiis, ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc sententia, tanquam communis, mulierem ex quavis causa etiam extra judicium renuntiantem senatusconsulto ex intercessione sua obligari, utique si de jure sibi competenti & vi senatusconsulti probe edocta sit: quanquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium est, an hæc sit communis opinio, ut patet ex iis, quæ traduntur a Gomesio *lib. 2. var. resol. c. 13. n. 17. Christin. vol. 3. decis. 36.* & aliis. Sed utut hæc sit communis & re-

cepta

cepta usu forensi sententia, ego tamen cum *Alberico, Bart. Bald. Castr. Salic. Alciat. Gomes. ubi sup. & aliis ibid. & apud. Soar. in addit.* citatis, veriorem esse judico sententiam contrariam, nimirum mulierem extra causas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio est: renuntiantem senatusconsulto ex intercessione non magis obligari, quam si intercessert sine renuntiatione. Hoc enim omnino consequens est amplissimi ordinis providentiæ totam intercessionem improbantis, idque etiam publicæ honestatis causa, quod intercedere civile & virile officium videatur. *l. 1. l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vell. l. 2. ff. de reg. jur.* Et alioqui admissa contraria opinione, levi momento prudens senatus consilium eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, etiam renuntiatura sit: nempe ubi nullum præsens damnum est, tam facile se induci patietur, ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipsa renuntiatio vel maxime intercessio est, utpote quæ intercessionis confirmandæ gratia interponitur. Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure suo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem potest; neque sufficit ea res ad imbecillum & captionibus suppositum sexum deterrendum ab intercessione, ubi nullum præsens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis sit, cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maxime juris sui consciæ sint, senatusconsulto juvari constat: & semper hic militat ratio ducta a causa tum impellente tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum sentiant. Accedit huc, quod mulier etiam iterato intercedens juvetur: nam & in secunda permissione intercessio est, ut inquit Jurisconsultus in *l. doli. 19. vers. diversum. ff. de novat.* Atqui renuntiatio non videtur esse efficacior intercessione repetita. Quod vero constitutum est a Justiniano in *l. si mulier. 22. C. ad senat. Vell.* ut iterata seu repetita post biennium intercessio senatusconsulti auxilium excludat. Id specialem rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quod mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quam pro sua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique secus est, si ante biennium cautionem repetierit. Est & aliud hujus sententiæ argumentum in *l. antiquæ. 23. §. 2. C. ad senat. Vell.* ubi eo casu mulieri datur exceptio senatusconsulti, cum instrumento publice confecto & tribus testibus subsignato intercessio facta est, & ita ut hoc solo casu ipso jure teneatur, eique exceptio sit necessaria, alias senatusconsulti auxilium non desideret. Quod si igitur mulieri non obstat intercessio tam solennis, quo minus locus sit senatusconsulto, multo magis locum habebit in simplici renuntiatione. Utique enim non verbis, sed rebus leges positæ sunt: & quæ tam solenniter intercedit, serium profecto animum se obligandi habere ostendit taciteque hoc ipso videtur senatus auxilio renuntiare, cum alias dolus præsumi possit. Et bona igitur hæc connexio est; Si mulieri etiam tunc succurritur, cum instrumento publico trium testium subsignatione firmato intercessit, multo magis ei succurrendum est, cum tantum simpliciter exceptioni senatusconsulti renuntiavit. Non obstat regula tradita in *l. pen. C. de pact.* quod unusquisque licentiam habet juri pro se introducto renuntiare. Illa enim regula officium suum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas personæ, aut alia consideratio privilegio locum facit, *arg. l. alia. 14. §. 1. ff. solut. matrim.* ut recte *Alciat. in l. pen. C. de pact.* Senatus autem cum improbat intercessionem & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, sed tum propter sexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii, tum etiam intuitu publicæ honesta-

honestatis, eo quod intercedere sit virile & civile officium. *l.* 1. *& l.* 2. *ff. ad senat. Vell. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Et alias, ut dixi, prudens senatus consilium nullo negotio eludi posset. Fundatur maxime contraria opinio in *l. ult.* §. *pen. ff. ad senat. Vell.* ubi Jurisconsultus ait, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, se senatusconsulti exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admisit vel potius extorsit. Etenim hoc admisso, quod mulier pro debitore recte solvit. *l.* 4. *ff. l.* 4. *C. eod.* consequens omnino est, ut ei liceat & judicium pro debitore accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est, & unicuique licet etiam debitore invito. *l. solutione.* 23. *ff. de solut.* Nimirum si vellet solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per judicem, & aperte æquum postulat, dummodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiatur, non alia conditione mulierem judicium pro alio suscipientem audiri recte placuit, quam si caveat, se, si condemnetur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in jure apud prætorem sive magistratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obscure extrema *d. l. ult.* §. *pen.* verba, *& sic ad judicem ire.* I. post renuntiationem in jure apud prætorem factam ire ad eum judicem quem prætor dedisset, ex usitato & ordinario more judiciorum. Fallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia Andreas Fachinæus *lib.* 2. *contr.* 59. dum hunc locum etiam de cautione extra judicium sive non in jure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad judicem ibatur: sed prætor prius adeundus erat judicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate ibatur ad judicem, quem prætor dederat, judicii instituendi & contendendi causa. Qua de re consulendi antiquitatis indagatores, Brissonius, Hotomannus, Sigonius, &c.

CAP. XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat?

COMPENSATIO est debiti & crediti inter se contributio. *l.* 1. *ff. de compensat.* verbi causa, tu mihi debes centum ex causa mutui, ego vicissim tibi debeo tantundum ex causa emptionis: agis mecum & petis centum ista, quæ tibi debeo ex causa emptionis: ego peto, ut compensatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex causa mutui. Hæc contributio dicitur compensatio. Ut autem compensationi sit locus, exigitur, ut quantitas seu pecunia utrinque debeatur. Omnino enim probamus sententiam vulgo receptam, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie. Idque vel etymologia verbi satis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio significatur: nisi forte quis abusive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod fecisse videtur jurisconsultus in *l. in rebus.* 18. §. *ult. ff. commod. & l.* 7. §. *ob donationes.* 5. *ff. solut. matrim.* Utique non potest dici æqua præstatio ac tantundem reddi, nisi cum res quantitate con-

constantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere suo recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit; quod non magis licere debet, quam aliud pro alio invito creditore solvere, *arg. l. 4. C. de compens. junct. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem suam vendere, aut alienam emere, aut suam cum aliena permutare: & faciunt huc textus in *l. si convenerit. 18. pr. ff. de pign. act. l. 4. l. si debeat. 22. ff. de compens. l. 4. C. eod. Paul. 2. sent. 5. Mercer. 1. opin. 14. Zanger. de except. p. 3. c. 8. n. 108.* late *Schifordig. lib. 1. ad Ant. Fabr. tract. 2. & seqq. Donell. ad §. 30. Inst. de act. n. 12. & lib. 16. comm. c. 15. Tulden. in C. de compens. n. 3.* Itaque quod dicitur in omnibus actionibus compensationem opponi posse, sic intelligendum est, si res debita non impediat, & ponendi termini habiles, scilicet cum utrinque pecunia debetur; alias enim opus est mutua petitione seu reconventione, ut nunc loquuntur. *l. 14. & auth. & consequenter. C. de sent. & interlocut.* Cæterum hæc missa facio, & ad quæstionem propositam accedo. Cum compensatio sit debiti & crediti mutua contributio, quæsitum est, an cujusvis debiti nomine compensatione uti liceat, & nominatim an debitor conventus a creditore suo, qui vicissim ei obligatus est, sed naturaliter tantum, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili simul compensare possit. Quin debitum, quod cum effectu peti potest, compensari cum alio queat, nulla dubitatio est: sicut ex converso, quod summo jure debitum per exceptionem perpetuam potest removeri, puta pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, &c. ad compensationem non pertinere in confesso est. *l. quæcunque. 14. ff. de compens.* utpote cujus etiam per errorem soluti repetitio datur. *l. si non sortem. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. ff. de cond. indeb. cum simil.* Tantum quæritur de debito naturali, an id etiam in compensationem deduci possit. Et puto posse: nam cum hujus debiti, licet per errorem soluti, non sit repetitio, consequens est posse hoc ipsum & cum alio quovis debito compensari. Ratio est, quia compensatio non alia de causa debitorem liberat, quam quod & ipsa numerationem quandam brevi manu continet, & pro solutione ipso jure habetur. *l. 4. C. de compens. l. 10. ff. eod. l. 4. ff. qui pot. in pign.* Et secundum hoc diserte ab Ulpiano responsum est, etiam id, quod naturaliter debetur, in compensationem venire. *l. 6. ff. de compens.* Nimirum compensatio species quædam est defensionis & quodammodo exceptionis, paritque retentionem, qui unus est ex effectibus naturalis obligationis. *l. 4. l. ob negotium. ff. eod.* Et toto errant judicio, qui compensationem referunt ad merum jus civile, cum ea potius mera nitatur æquitate: unde æquitas compensationis. *l. in rem. 18. ff. l. 5. l. 6. C. eod. l. inter. 36. ff. de admin. tut.* Non desunt tamen, qui simpliciter negant naturale debitum compensari posse cum eo quod naturaliter & civiliter simul debetur. Sed utuntur illi exemplis a statu controversiæ alienis, & inscite admodum argumentantur. Etenim naturale debitum hic intelligi oportet non quodvis, quod natura debetur, non quod in totum aut quoad effectus principales destituitur juris civilis auxilio, quale est mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiifam. mutuam pecuniam accipientis, pupilli sine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate testatoris minus solenni, &c. cujusmodi obligationum naturalium exempla illi proferunt (dubites, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali, sic destituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem solutum

est, possit repeti, admittere compensationem) sed tale, quod ex conventione descendens eosdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum simul, una actione excepta; & adeo cujus nec per errorem soluti repetitio est, quale scilicet debitum seu naturalem obligationem auctores juris passim intelligunt, cum ajunt aut negant aliquem naturaliter obligari. *l. naturaliter.* 13. *l. si pœna.* 19. *l. frater a fratre.* 38. *l. quod pupillus.* 41. *l. si quod.* 64. *ff. de cond. indeb. l. naturales.* 10. *l. pupillus.* 59. *ff. de oblig. & act. l.* 5. §. 2. *ff. de solut. & similib.* Finge igitur usuras fœnoris pecuniæ pacto promissas, hæ etsi exigi non possunt, solutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter ex conventione debentur. *l.* 3. C. *de usur.* ac proinde etiam cum alio debito compensari poterunt. Finge patrem pecuniam credidisse filio, quem in potestate habebat, vel fratri συνυπεξουσίῳ, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, sed naturaliter duntaxat. *l. frater a fratre.* 38. *ff. de cond. indeb.* si tamen is filius postea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compensabunt pecuniam a se creditam propter obligationem naturalem. *d. l.* 6. *ff. de compens.* Similia exempla peti possunt ex *l.* 6. §. *sicut autem.* 4. *ff. de pecul. leg. l. naturaliter.* 13. *ff. de cond. indeb. l. servus.* 14. *ff. de oblig. & act.* Nihil plane pro contraria sententia facit, quod Javolenus respondet in compensationem non venire, quæ per exceptionem perimi possunt. *l. quæcunque.* 14. *ff. de compens.* Nam quæ (malum) hæc argumentatio est; Quod per exceptionem perimi potest, in compensationem non venit, ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedet; Quod per exceptionem perimi potest, ejus per errorem soluti est repetitio. *l. qui exceptionem.* 40. *l. ex his.* 54. *ff. de cond. indeb.* Ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum a vero indebito, eoque, quod vi ipsa nullo jure debetur, *l.* 3. §. 1. *ff. de const. pec. l. nihil.* 112. *ff. de reg. jur.* ad debitum verum & naturale, ad quod solvendum jure gentium adstringimur. *l. cum amplius.* 84. §. 1. *ff. de reg. jur.* licet jure civili exigi nequeat? denique a remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non potest constitui. *d. l.* 3. §. 1. *de const. pec.* ergo nec debitum naturale, contra textum expressum in *l.* 1. §. *debitum.* 7. *eod. tit.* Denique quid tam ridiculum, dicam an stultum, quam sic argumentari. Si id quod natura non debetur, non potest compensari, ergo nec id compensari potest, quod natura debetur? hæc tamen eorum collectio est. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, sed ob defectum actionis non petitur: longeque aliud est debitum, quod peti non potest, non tam jure deficiente, quam actione: aliud quod peti quidem summo jure potest sed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & sine exceptione, quamvis exigi jure civili non possit: hoc autem vi ipsa pro non debito est. *l. Marcellus.* 66. *l. nihil.* 112. *ff. de reg. jur.* Quod vero ajunt naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi, oppido quam indoctum est. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud sunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione; veluti si quis judicio conventus ex ea causa, ex qua actio jure competit, neget se debere, propterea quod actio illa ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cujusmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde a debitore probanda sit. *l.* 1. C. *de probat.* prope abest a natura exceptionis.
Nemini

Nemini autem interpretum vel per somnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui se fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit, & quo casu debitor de facto conventus, nihil sit affirmaturus, nihil in judicium deducturus, nec probaturus, sed ad defensionem suam simplici usurus inficiatione, id est, negaturus ullam actori proditam actionem de eo, quod petitur. Quid quod ridicule juberet prætor de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & apud partes confessum est? Verus debitor, inquiunt, etiamsi sententia judicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo si neglecta rei judicatæ exceptione solverit, non repetit: utrumque verum est. *l. Julianus.* 60. *ff. de cond. indeb.* addunt, nec cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet, compensat. Quod quid sit, non capio. Quid enim hoc monstri est, debitor quod naturaliter tantum debet, non compensat cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipse secum pensat? aut an is, qui naturaliter debet, pensat cum alio? Nemo sanus hoc dixerit: sed is, cui naturaliter debetur, judicio conventus potest hoc debitum pensare cum eo, quod ipse civiliter petitori debet: & sic naturalis debitor patitur compensationem, perindeque habetur, ac si solvisset. Nihil præsidii habent in *l.* 2. C. *de compens.* Illic enim non agitur de debitore absoluto, ut imperite illi, sed de condemnato, qui & judicatum fecerat; negaturque hunc ab eodem creditore ex alia causa conventum compensare posse, quod ante ex causa judicati solvit. Ratio est, quia qui ex hac causa solvit, non indebitum, sed debitum solvit, cujus soluti nulla repetitio est, ut ibidem significatur. Et hactenus verum est, quod ajunt, quod solutum non repetitur, id in compensationem deduci non posse: nullum enim verum debitum quod semel solutum est, aut repetitur, aut in compensationem deducitur. Qui ex causa judicati quod debet, solvit, is nec repetere solutum, nec ex alia causa a creditore conventus compensatione uti potest: cæterum si ante solutionem judicati conveniatur, compensationem pecuniæ sibi ex alia causa debitæ implorare non prohibetur. *d. l.* 2. *C. de compens.* Quod si hæc eorum sententia est, cujus debiti soluti cessat repetitio, ejus nondum soluti nec esse compensationem, jam nullum verum debitum compensari cum alio poterit, quia nullius veri debiti soluti repetitio est. Ejusdem commatis est & hæc eorundem argumentatio; ex naturali obligatione nulla nascitur actio: at qui compensatione utitur, agere videtur & mutuo petere. *l. amplius.* 15. *rat. rem hab. l.* 6. *C. de compens.* ergo debitum naturale cum alio debito compensari non potest. Perinde enim hoc est ac si hoc modo colligerem; Qui non potest agere, non potest excipere, quia qui exceptione utitur, agere videtur. *l.* 1. *ff. de except.* aut ita ex *d. l. amplius.* Ex naturali obligatione nulla nascitur actio, ergo nec solutum ex naturali obligatione accipi & retineri potest, quia qui solutum, licet sine judicio, accipit, petere videtur. Item, qui non potest agere, non potest deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur. *d. l. amplius.* Quis hæc aut similia non explodat? Quærit jurisconsultus in *d. l. amplius.* quando stipulatio hæc, *amplius non peti*, commissa intelligatur: & ait eam committi non tantum cum res judicio petita est, sed etiam cum sine judicio, forte ab ignorante, pecunia soluta est: ubi tamen revera nulla petitio intervenit: nempe quia qui promisit amplius non peti, vi ipsa contra stipulationem facit pecuniam accipiendo: eandemque rationem esse ait ejus, qui compensatione aut deductione utitur, quia & is petere videtur quanquam retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo heredis damnati non petere. Minime vero novum est, ut ei, qui ultro agere aut petere non potest, actione ab alio insti-

instituta ex æquitate officio judicis succurratur, & tantum consequatur per exceptionem, aliamve defensionem aut retentionem, quantum consequeretur instituta, si quam haberet, actione. *l. plane.* 38. *ff. de hered. petit. l. sumptus.* 48. *ff. de rei vind. l. ex quibus.* 51. *ff. de cond. ind. l. Paulus.* 14. *ff. de dol. mal. exc. l. heres.* 21. *ff. ad senat. Trebell. l.* 4. *C. de usur.* In compensatione autem est defensio & retentio. *l.* 4. *l. ob negotium.* 20. *ff. de compens.* Nec melior hisce argumentis est eorum responsio ad locum Ulpiani in *l.* 6. *ff. eod.* ubi aperte & rotunde jurisconsultus pronuntiat etiam quod natura debetur, in compensationem venire. Ajunt enim locum istum restringendum esse ad casum specialem, quo naturale debitum etiam ultro peti, & invito extorqueri potest, quale sit pupilli, locupletioris facti ex contractu sine tutoris auctoritate inito. *arg. l.* 5. *pr. ff. de auct. tut.* Quasi vero Ulpianus sic generaliter definiens de hoc uno tantum casu somniasset; aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus est, non simul civilis esse cœperit hæc pupilli obligatio, *arg. pr. &* §. 1. *Inst. de oblig.* §. 3. *Inst. de act. l.* 6. *ff. de pact.* aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debuerit compensationem: cum tamen propter summam hujus naturalis obligationis æquitatem solutum condicere non potuerit. *l. naturaliter.* 13. §. 1. *cum l. seq. ff. de cond. indeb.* cui omnino consequens, ut & compensationem admittere debuerit, per ea, quæ allegata superius. Unum adhuc removendum superest, quod fere præterieram, nempe quod ex eo, quod compensatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrimque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quam cætera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili simul, in causa, de qua agitur, censetur, ut hic in causa compensationis. Sic in causis constitutæ pecuniæ, condictionis indebiti, fidejussionis, &c. nihil interest naturale sit debitum tantum, an & civile. *l.* 1. §. *pen. de constit. pec. l. naturaliter.* 13. *ff. de cond. ind. l.* 6. §. 2. *& l.* 7. *ff. de fidejuss.* & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur: etiamsi non idem sit in aliis causis, veluti ut mitti possint in possessionem, & bona debitoris possidere sine metu calumniæ, quo pertinet *l. creditores.* 10. *ff. de verb. sign.* ut bene Cujacius & alii in *comment. ad d. locum* observaverunt. Quare non obstat DD. axioma, quod determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter determinet. *arg. l.* 4. §. 2. *ff. de vulg. & pup. subst.* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura & diversa producere potest, ne alias oriatur absurdum seu ἀκατάληλόν τι, ut in specie *d. l.* 4. §. 2. quod non fit in casu nostro, ubi utriusque eadem vis & par effectus est.

CAP. L.

An reus compensationem ex causa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus sit?

UTRUM cujuscunque debiti ad quodcunque sive liquidum sive non liquidum jure veteri admissa fuerit compensatio, ut vult Donellus *ad* §. *in bonæ.* 30. *Inst. de act. n.* 7. an liquidi duntaxat cum liquido, ut Cujacius *lib.* 8. *obs. c.* 16. *& lib.* 15. *c.* 12. supervacuum est disputare, cum certum sit hodie ex constitutione Justiniani eas duntaxat

duntaxat compensationes admitti, quæ ex causa liquida objiciuntur. *l. ult. C. de compens. d. §. in bonæ. Inst. de act.* sed nimirum hoc effectu, ut oppositæ ipso jure actiones minuant, ut iisdem locis expressum est; & pro soluto retro habeantur. *l. 4. C. eod. tit.* ac consequenter, ut quovis tempore opponi possint, etiam post rem judicatam in executione sententiæ. *d. l. ult. junct. d. l. 2. C. eod.* Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit, & compensationem implorat. *d. §. in bonæ. Inst. de act.* Id autem ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit. *Zanger. p. 3. de except. c. 8. n. 95. & seq. Cacher. decis. 129. n. 13. Menoch. 2. arb. quæst. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re nonnihil judicis arbitrio tribuendum existimat, in quo illi facile assentior. Liquidum debitum & illud existimandum, quod juris tantum quæstionem habet, veluti si quæratur an in contractibus bonæ fidei usuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæstio certo jure definita est. *l. mora. 32. §. 2. ff. de usur. l. 2. C. depos.* Non liquidi autem cum liquido compensationem non admittit Justinianus: sed tum alii judicio rem reservari jubet, ne scilicet creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem requirat indaginem. *d. l. ult. §. 1. vers. hoc itaque. C. de compens.* videsis *Christin. vol. 1. decis. 231. & vol. 3. decis. 38. Zanger. ubi sup. n. 101. & seq.* Illud autem quæritur, an reus audiendus sit compensationem ex causa, quamvis non liquida objiciens, si eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque contestetur? nam ad hunc casum non videtur pertinere Justiniani constitutio. Quippe Justinianus loquitur de compensationibus, quæ fiunt ipso jure. Sic enim initio cavet, compensatione ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Atque ad hanc ipsam constitutionem temperandam pertinet, quod subjicit de causa liquida, nempe in hujusmodi compensationibus, quas vult fieri ipso jure, id est, tunc cum ab initio litis non opposita & contestata compensationis exceptione, postea inter moras judicii intentione actoris jam probata objicitur compensatio, exigere se, ut causa, ex qua objicitur, sit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compensationem, quæ non fit ex causa liquida. Ideo repudiat, quia post multa forte certamina & reo jam pene convicto demum opponitur: unde sic recte colligi videtur, si quis initio litis & ante omnem disceptationem utatur exceptione compensationis, licet ex causa non liquida, constitutionem cessare, eamque non pertinere ad compensationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipso jure, sed per exceptionem minuunt. *arg. l. 1. pr. ff. de off. ejus cui mand. jurisd.* Et vulgo quidem cum Accursio id admittunt interpretes, si debitor a creditore conventus statim debitum agnoscat, dicatque sibi vicissim tantundum a creditore deberi; atque hac defensione adversus intentionem creditoris utatur. Sed quid si reus initio neget se debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur simul exceptione compensationis, ut dicat, etsi deberet, tamen sibi tantundem ex hac aut illa causa vicissim ab actore deberi, eamque exceptionem contestetur, an hic si actor probaverit sibi pecuniam, quam petit, deberi, nihilominus reus jam post longa forte certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compensationis, quam initio contestatus est, & ad eam probandam admittetur, quamvis causa, ex qua compensatio objicitur, non sit liquida? Adhuc dicimus audiendum esse & ad probationem admittendum. Atque hæc sententia multis argumentis

probari potest. Nam primo constat olim ex rescripto D. Marci compensationes admissas fuisse opposita doli mali exceptione. Hoc quidem jus hactenus mutat Justinianus, ut actionem quamcunque ipso jure minuat compensatio, si aperto jure nitatur: non autem si fiat ex causa non aperta nec liquida: igitur hoc casu intelligitur velle manere jus antiquum. *arg. l. præcipimus. 32. C. de appellat.* At certum est jure veteri exceptionem initio contestatam licuisse intra quodvis tempus, dummodo idoneum, probare. *l. siquidem. 9. C. de except.* Secundo non rejicit Justinianus compensationem debiti non liquidi simpliciter, sed ita si post multa certamina longamque disceptationem a debitore jam convicto aut pene convicto opponatur: ergo ex contrario, si in id tempus objectionem compensationis non distulit, sed statim initio litis eam opposuit, quamvis ex causa minime liquida adhuc, audiendus postea erit. Tertio idem evincitur ex verbis constitutionis, quibus Justinianus jubet, ut judices stricto jure utantur adversus eos debitores, qui jam convicti aut pene convicti compensationem debiti non liquidi opponunt. At stricti juris ratio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis contestetur, si quis eam postquam actor intentionem suam probavit, ante sententiam ad disceptationem velit opponere & probare. *l. 9. C. de præscr. long. temp. l. 8. l. ult. C. de except.* Quarto si alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, &c. convenit inter omnes, si eam initio opposuerit, audiendum eum esse intra quodcunque tempus eam probet: neque distinguitur, utrum initio confessus fuerit se debere, & exceptionem solummodo opposuerit; an debere se negaverit, & tamen si convinceretur debere, exceptionem aliquam objecerit. *l. in exceptionibus. 19. ff. de probation. junct. d. l. 9. C. de except.* Idem ergo dicendum, si utatur exceptione compensationis, quæ est justissima. Quinto & postremo, si is, qui conventus negat se debere, & tamen dicit, si debet, se solvisse, etiam postquam convictus est, auditur solutionem probare volens, quamvis solutio non sit liquida. *l. 1. C. de probat.* & ibi *Sichard. post alios n. 3.* idem etiam in compensatione initio opposita admittendum, etsi debitor primo neget se debere: quoniam compensatio pro solutione est. *l. 4. C. de compens. l. 4. ff. qui pot. in pign.* ita *Donell. ad l. ult. C. de compens. & ad §. in bonæ. 30. Inst. de act. n. 5. Mudæ. ibid. n. 15. Zanger. de except. p. 3. c. 8. n. 104. & seq.* & facit huc textus in *l. 8. ff. de compens.* Unum est, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempe Justinianum sanxisse, ut omnis compensatio ipso jure actionem minuat: quod tamen falsum esse aperte liquet ex iis, quæ ex tenore ipsius constitutionis Justiniani, atque ex verbis *§. in bonæ. 30. Inst. de actionib.* elicuimus. Ad argumenta autem ipsa nihil solidi, aut quod confutatione dignum sit, respondetur.

CAP. LI.

An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit?

QUI rem aliquam deposuit, hoc est, alteri custodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere potest, & reddenda est etiam ante tempus constitutum repetenti. *l. 1. § pen. & propen. ff. depos.* Nam cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat: & ne ulla mora interponeretur reddendi

reddendi depositi, ne compensationis quidem nomine actioni depositi quicquam objici voluit Justinianus, licet in cæteris actionibus defensionem compensationis debitæque & creditæ inter se quantitatis contributionem admittat. *l. ult. C. de compens.* §. *in bonæ.* 30. *Inst. de action.* Cæterum si quid depositario per causam & occasionem rei, quam custodiendam acceperat, abesse contigerit, poterit id consequi contrario judicio depositi, quo ultro de indemnitate sua cum deponente ei experiri licet. *l.* 5. *ff. depos.* Sed quid si depositarius impensas in rem depositam fecerit, poteritne ob hanc causam depositum retinere, donec refundantur? & siquidem utiles tantum fecerit impensas, vix id admiserim; cum ad officium depositarii non pertineat hujusmodi sumptus facere. Nec puto posse eum contrario judicio has impensas petere, *arg. l. un.* §. *taceat.* 5. *vers. sed nec ob impensas. C. de rei ux. act.* Cæterum si necessarias fecerit, id est, tales, quæ nisi factæ essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura, propter hujusmodi impensas concedendam esse depositario retentionem rei depositæ affirmant Placentinus, Cynus, Bald. Salic. Castr. in *l.* 11. *C. depos.* quibus assentior. Moveor non una ratione. Primo inter omnes constat posse depositarium impensas necessarias petere & consequi, judicio contrario sive contraria depositi actione: Quicquid autem contrario judicio peti & obtineri potest, id etiam per retentionem servare potest, qui directo judicio convenitur. *l. in rebus.* 18. §. *ultim. ff. commod. l.* 15. §. 2. *l. si is qui.* 59. *ff. de furt.* At obstare creditur *l. ult. C. de commod.* ubi Imperatores negant prætextu debiti restitutionem commodati recusari posse: nam si hoc verum est, multo minus recusari ob eandem causam poterit restitutio depositi. *arg. l.* 11. *C. depos. l. ult. C. de compens.* Sed nos non dicimus rem commodatam aut depositam, prætextu debiti ex diversa causa nati, posse retineri: verbi gratia, si commodator aut qui deposuit decem ex causa mutui debeat commodatario aut depositario, posse eos obtentu hujus debiti restitutionem corporis commodati aut depositi recusare, quod vetant Imperatores in *d. l. ult. C. commod.* quippe quo casu nec locus est contrario commodati aut depositi judicio: & generaliter tenendum est, non posse creditorem, cui sine pignore pecunia debetur, rem debitoris pro eo, quod sibi debetur, retinere. *l. un. C. etiam ob chirogr. pec. Donell. in d. l. ult. n.* 3. *& seqq. Cujac. in not. ad.* §. *in bonæ.* 30. *Inst. de act.* qui tamen alibi pro *commodati in d. l. ult.* vult reponi *commendati, lib.* 9. *obs.* 37. quanquam perperam, quod nunc omitto. *vid. Gilbert. Reg. lib.* 1. *opin. c.* 14. Sed hoc dicimus, posse commodatarium, aut depositarium id quod contrario judicio consequi possunt, (possunt autem eo judicio consequi quod occasione ejusdem contractus iis abest, & vel maxime impensas necessarias) etiam posse per retentionem rei, quasi quæ pignoris loco sit, servare. *l.* 15. *in fin. ff. de furt. l. si quis rem.* 20. & ibi *Gothofr. ff. de acq. poss.* Deinde cessat hic plane ratio, ob quam Justinianus compensationem & retentionem in causa depositi prohibet, scilicet suspicio & præsumptio perfidiæ; quæ nulla esse potest, ubi necessariæ impensæ factæ sunt. Quid quod tacite id actum videri debet, ut depositarius has impensas faciat, cum sine iis futurum sit, ut res pereat? Denique impensæ necessariæ quodammodo partem rei constituunt, & tantum de re, in quam fiunt detrahere videntur, quantum in eam impensum est, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti. *arg. l. plane.* 38. *ff. de hered. petit. l.* 5. *ff. de impens. in rem dotal. fact.* Quamobrem non obstant constitutiones Justiniani in *d. l.* 11. *C. depos. & l. ult. C. de compens.* quibus depositarius non solum jubetur confestim reddere de-

depositum, sed etiam ut reddat, sine ulla exceptione aut defensione, quæ ad compensationem vel retentionem spectent. Nam textus isti accipiendi sunt de compensatione vel retentione, quæ fit ex diversa causa, & ad illos casus pertinent, in quibus depositarius jus in re non est adeptus, quod consequitur per impensas necessarias, quo casu quasi pignoris loco res esse incipit. *l. creditoris.* 15. §. 2. *ff. de furt.* Dissent. *Donell. in d. l.* 11. *n.* 9. *C. depos.*

CAP. LII.

An præter dolum etiam culpam, & quam culpam præstet procurator, seu mandatarius?

QUI negotia aliena mandatu domini gratis gerenda suscepit, is in jure nostro & apud bonos auctores procurator appellatur, sive negotia illa sint forensia & judicialia, sive quævis alia extra judicialia. *tit. ff. & C. de procur. & mand. vel cont.* Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præsertim eum, qui negotia administrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum fere intelligunt, cui commissæ lites & negotia forensia. Cujus rei causam esse puto, quod jam a multis annis procuratores appellari cœperint ii soli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterum nomen mandatarii non memini me vel apud nostros vel apud alios auctores legisse. Non ideo tamen abstinebo eo nomine, sed utroque utar promiscue, ne nimia verborum curiositas mihi objiciatur. Neque vero etiam omnem, qui mandatum suscepit, velim procuratorem appellare; verbi causa, non eum, qui mandatu meo pro me fidejussit. Jam ut ad rem propositam veniam, quæri solet circa obligationem procuratoris sive mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus est, qui dolum malum non recipiat, sive in quo non præstetur dolus. *l.* 5. §. 2. *ff. commod. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* & sicut dolus in omnibus contractibus præstatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præstari, quia dolo & fraudi proxima est, & juris interpretatione dolum repræsentat. *l. si fidejussor.* 29. *ff. mand. l. quod Nerva.* 32. *ff. depos. l.* 7. §. 1. *ff. de suspect. tut. l.* 1. §. *is quoque.* 5. *ff. de oblig. & act.* cum similibus. Unde est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis *solum*, *tantum*, *duntaxat*; ut in *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *ult. ff. depos. & d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* ubi depositum & præcarium dicitur dolum duntaxat recipere: non ideo tamen lata culpa excluditur. *d. l. quod Nerva.* 32. *ff. depos. l.* 1. *C. eod. l.* 8. §. 3. *ff. de precar.* Omnis igitur controversia hic est de culpa levi, & maxime de culpa levissima, quæ passim in jure nostro per oppositum indicatur, nempe verbo diligentiæ, quo summa significatur & exactissima. *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *sæpe.* 35. *ff. depos. d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ sive dolo proximæ nihil a procuratore exigendum videri, secundum primam definitionem Ulpiani in *d. l.* 5. §. 2. *commod.* esse enim procuratorem

torem similem depositario, seu ei, qui rem gratis custodiendam accepit: utrumque esse enim beneficii debitorem, & contemplatione alterius, illum rem gerendam, hunc custodiendam suscipere: & quod deponenti imputari potest, quod negligenti amico rem custodiendam tradidit. *l. 1. §. is quoque. 5. ff. de obl. & act.* idem imputari posse & mandatori, quod negligenti amico rem gerendam commisit. At depositarium præter dolum & culpam latiorem nihil præstare. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos locos, quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam culpæ nomine teneri. *l. 8. §. ult. ff. mand. l. 11. C. eod. d. l. 23. ff. de reg. jur.* & apud Licin. Rufinum in *collat. leg. Mosaic. & Roman. tit. de depos.* hæc verba Modestini referuntur: *In mandati judicio dolus & culpa præstatur.* Certum autem est, verbo culpæ absolute posito aut dolo opposito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire: sic enim diserte scriptum est in *l. a procuratore. 13. C. mand.* a procuratore dolum & omnem culpam præstandam esse, solum casum improvisum non præstandum. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad alios aut quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re mandata. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in ea pro Roscio Amerino, ubi de judicio mandati disserens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modo malitiosius, verum etiam negligentius gesserit. Atque hæc causa est, cur Ulpianus in *d. l. 5. §. 2. ff. commod.* ad declarandam primam regulam exemplo depositi, non etiam mandati utatur, & facit huc etiam *l. si mater. 24. C. de usur.* Cur ergo in mandato recedimus a regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur; quod non convenit deposito: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide duntaxat opus est. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non esse comparandum cum quovis depositario; sed cum eo depositario solum recte comparari mandatarium, qui ultro se deposito obtulit; quem placet omnem culpam præstare, & summam rei custodiendæ adhibere diligentiam, non alia de causa, quam quod ultro se deposito offerendo de diligentia sua & solerti custodia promittere videatur. *l. 1. §. sæpe. 35. ff. depos.*

Sunt, qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis, modo mandatarii seu procuratoris, modo utriusque utilitatem respicit; propterea quod hæc distinctio in commodato probata est. *l. 5. §. 2. vers. commodatum autem. junct. §. interdum. 10. l. in rebus. 18. in fin. pr. ff. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius procuratoris gratia intervenit, dolus duntaxat & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis: ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum cadere non potest: neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit. *§. tua tantum. 6. Inst. de mandat.*

mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet. *d. §. 6. & l. 2. §. ult. ff. eod.* ut proinde cum de obligatione mandatarii, circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantum considerari debeat, ut rem alienam gerens: quomodo etiam consideratur in *l. in re mandata. 21. C. eod.* Plane in iis, quæ negotium commissum consequuntur, bonam fidem præstare, culpaque & fraude carere sufficit: uti & cum non administratio commissa, sed negotium mandatum, quod industriam non requirit, veluti fidejussio. per *l. 8. §. ult. l. 10. pr. l. fidejussor. 29. §. quædam tamen. 4. ff. eod.*

CAP. LIII.

An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter socios valeat, ubi æqualis est operæ & pecuniæ collatio?

IN coëunda societate facile admissa est hæc conventio, ut ad unum duæ partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia; idque propter analogiam inæqualitatis partium, tam in damno, quam in lucro. *§. 1. Inst. de societ.* Imo vix inæqualitatem habere videtur talis conventio: quoniam incertum est, lucrum, an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt. Illud vero difficulter admissum est, ut partes lucri & damni dispariliter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum; alter duas damni, tertiam lucri ferret. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed a Servio Sulpitio admissa est: cujus sententia prævaluit, teste Justiniano *§. 2. Inst. de soc.* Cæterum Sulpitius non tam improbasse videtur sententiam Mucii, quam temperasse: & nimirum, quod Mucius simpliciter dicebat, iniquam esse hanc pactionem naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ, quod etiam forte solum consideravit Mucius: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert: imo justum esse hunc meliore conditione in societatem admitti. *d. §. 2. Inst. de societ.* Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert sive pecuniæ, sive operæ & industriæ: quam distinctionem & Ulpianum probare evidenter arguit responsum ejus in *l. si non fuerit. 29. ff. pro soc.* Atque ita olim contra Joannem Azo disputavit, cujus sententiam interpretes comm. ad *d. §. 2. & ad d. l. 29.* secuti sunt. *Donell. ad l. 1. C. pro soc. n. 23. Gomes. 2. var. resol. 5. n. 5. Mantic. lib. 6. de tac. & ambig. conv. tit. 4. n. 9. & seqq. Christin. vol. 3. decis. 51.*

Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio aliquid operetur præter naturam ordinariam contractus. *l. contractus. 23. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat

ſapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte Azonis ſententiæ refragatur, quod generaliter definit Juſtinianus in §. 1. *Inſt. de ſociet.* ſi partes expreſſæ fuerint, has ſervari debere: hoc enim & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum eſſe argumento eſt, quod in collatione inæquali, etiamſi de partibus nihil convenerit, partes inæquales tacite conſtitutæ intelligantur, nempe pro rata ejus, quod quiſque contulit. per *l. 6. l. Mucius. 30. l. quid enim. ff. pro ſociet.* ſecundum quod Ariſtoteles *lib. 8. Ethic. ad. Nicomach. in fin.* ἐν χρημάτων κοινονίᾳ, inquit, πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω. Etſi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur poſſit expreſſa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua conſiſtit ſocietatis ſubſtantia. Et quamvis in totum donationis cauſa ſocietas non recte contrahatur. *l. 5. §. 2. ff. eod.* dubitandum tamen non eſt quin non minus ex parte donationis cauſa contrahi poſſit, quam emptio venditio. *l. ſi quis. 38. ff. de contr. empt.* quod & Mantica *ubi ſupr. n. 19.* videtur admittere. Quapropter exiſtimandum potius eſt, Servium in reddenda ratione ſuæ ſententiæ reſpexiſſe ad id, quod plerumque evenit, ut ſcilicet unius opera ſit pretioſior, & plus ſocietati proſit, quam alterius: de quo tamen in ſingulis perſonis inquirendum non ſit, cum ad æquitatem pacti quod contra Mucium admittit, defendendam, ſufficiat id evenire poſſe, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuiſſe mentem Ulpiani, eumve nimiam duntaxat improbaſſe inæqualitatem in *d. l. ſi non fuerint. 29. ff. pro ſoc.* Utut vero ſit, uſus hujuſmodi conventiones ſuſtinet, ut poſt Angelum, Porcium & alios teſtatur Weſenbecius ad *§. 2. Inſt. de ſoc. & in parat. ff. eod. n. 7. add. Menoch. 2. arb. jud. quæſt. caſ. 125.*

CAP. LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo ſit?

ETIAM uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem contrahi poſſe obtinuit. *l. 1. C. pro ſoc.* & ita quidem, ut Juſtinianus ait in *§. 2. Inſt. eod.* ut lucrum inter eos commune ſit: quoniam ſæpe opera alicujus tanti eſt, quanti pecunia, juxta illud Plauti in *Aſin:*

Par pari datum hoſtimentum eſt, opera pro pecunia.

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & ſimilibus intelligi debet. *l. ſi non fuerint. 29. §. 1. ff. eod.* Poſſunt igitur duo ſocietatem ſic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur, & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiſcatur ad merces emendas, emat, vendat, ut ſic deinde lucrum commune ſit. In quo genere ſocietatis quæſitum eſt, an etiam ſors ſeu pecunia, quam alter contulit, communis fiat, & finita ſocietate cum altero, qui ſolam operam præſtitit, ſit dividenda; an vero is, qui contulit, eam percipere debeat, & id ſolum, quod supereſt, inter ſocios dividi? Et *Cynus, Baldus, Caſtrenſ. Sichard. Donell. & comm. DD. in l. 1. C. pro ſoc. Fachin. lib. 2. controv. c. 94. Perez. ad tit. C. pro ſoc. n. 8. & ſeq. Gail. lib. 2. obſ. 24. n. 6. Thulden. ad Inſt. de ſociet. c. 3.* reſpondent pecuniam hanc minine communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui

qui eam contulit, & solius lucri, quod factum est, inter socios divisionem fieri, rationem hanc afferunt, quod in proposita specie non ea videatur esse mens societatem coëuntium, ut pecuniæ collatæ proprietas communicetur, sed ut usus operæ cum usu pecuniæ compensetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune sit: sufficere enim debere socio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum facturus non esset sine pecunia socii. Et quod alias summa inter socios urgeret inæqualitas, eo quod is qui pecuniam contulit, si forte finita societate præter sortem nihil supersit, duplici incommodo afficeretur, scilicet, quod & dimidium sortis collatæ amitteret, & nullum ex pecunia sua fructum, quem alias consequi potuisset, perciperet. Porro pro firmamento hujus sententiæ afferuntur duo loci. Primus est Ulpiani in *l. cum duobus*. 52. §. 2. *vers. si in coëunda. ff. pro socio.* ubi cum unus e sociis pecus suum alteri pascendum, vel agrum colendum dedisset in commune quærendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, sed ejus manet, cujus antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. d.* §. 2. subjicitur, socium quoque culpam præstare debere, si rei communi nocuit, recte colligitur, prius actum fuisse de re non communi. Alter locus est Justiniani in §. 2. *Inst. de societ.* ubi ait ita posse coiri societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hic pecunia collata non fit communis, sed lucrum tantum, quod ex negotiatione secuta factum est, communicatur. Neque obstat huic sententiæ, quod simpliciter scriptum est in *l.* 1. *C. pro socio.* uno pecuniam, altero operam conferente societatem posse contrahi: nam & pecuniæ collatio, & operæ cum ea comparatio ad usum duntaxat pecuniæ, & utilitatem, quæ non modo ex pecunia, sed etiam ex opera & industria percipi potest, referenda sunt. *Fachin. Perez. Donell. ubi supr.*

Ex hac autem quæstione nata est & altera: utrum in hujusmodi specie societatis damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam? Et superiori sententiæ omnino consequens est, damnum hoc ad eum ex sociis pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam si pecunia collata non fiat communis, sed dominium ejus apud conferentem maneat, juxta sententiam superiorem, etiam periculum amissionis pecuniæ ad eum solum pertinebit: cum utique res pereat suo domino. *l. pignus.* 9. *C. de pign. act.* & qui operas confert, non intelligatur se obligare voluisse ad damnum sortis, cum sufficiat, eum damnum sustinere operarum: cumque sortis nullum sentiat commodum, nec incommodum sentire debeat. Adhæc, si dicamus damnum debere esse commune, magna induceretur inæqualitas: quippe qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amittere, & præterea sentiret partem damni in pecunia amissa: alter vero non totam sortem amitteret, sed partem solummodo. Quibus & hoc accedit, quod, posito damnum commune esse, is qui pecuniam confert, nullum periculum subiret sortis in totum amittendæ: quod genus societatis prope abesse creditur a fœnore & usuraria pravitate, per *C. plerique.* 14. *quæst.* 3. *Panorm. in C. per vestras. de donat. int. vir. & ux.* Ita post *Accurs. Cyn. Bald. Angel. Castr. Fachinæus lib.* 2. *controv. c.* 95.

Cæterum, etsi hæc magnam veri speciem habent, non tamen ita simpliciter ad superiores quæstiones respondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum inspiciendum est, quid actum sit. *l. semper.* 34. *ff. de reg. jur. l.* 3. *ff. de reb. cred.* Et siquidem nominatim in coëunda societate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quæstu pecuniæ

pecuniæ & operæ mutuo collatæ descenderet, communio esset, certum est, pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in specie *l. cum duobus.* 52. §. 2. *vers. si in coëunda. ff. pro socio.* sicut ex contrario nemo dubitat, quin si expresse convenerit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quod si de eo dubitetur, inspiciendum erit, quid tacite & verisimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, sed duplici. Nam aut comparatur opera cum solo pecuniæ collatæ usu; quo casu verum est sortem domino perire, & si salva est, domino salvam esse: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ; quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum, quod probabiliter ex ea sperari poterat. In altera operæ pretium habendum quasi sorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipsa sorte partem habere debet, qui operam præstat. Atque hinc jam ad superiores quæstiones quid respondendum sit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque industriam tantundem valere, quantum alterius pecunia, ut non usui tantum pecuniæ collatæ respondeat, sed etiam dominio; nullaque alia conventione interposita casu factum, ut finita societate, præter sortem ab uno collatam, nihil supersit: dico hic, eum, qui operam æquivalentem sorti impendit & perdidit, in partem sortis admitti debere, quasi id tacite actum sit, ne alioqui unus e duobus, qui paria contulerunt, totum quod contulit, amittat; alter salvum habeat, & spe lucri tantum frustretur. *Fac. l. si id quod.* 58. *pr. &* §. 1. *l. cum duobus.* 52. §. *quidam sagariam.* 4. *ff. pro soc.* & ita cape Glossam in *l.* 1. C. *eod. tit.* quam Bartolus commendat, licet plerique improbent. At ex contrario, si opera unius tantum respondeat usui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in solidum apud conferentem maneat, & lucri solius, quod ex usu pecuniæ unius & industria atque opera alterius speratur, communio sit: ac proinde hoc casu etiam damnum pecuniæ amissæ totum ad conferentem pertinet, per ea, quæ supra. Priore autem casu, cum pecunia communis fiat, & pretium operæ quasi sortem augeat, periculum hoc utrumque spectare videtur & utrique partem perire tum pecuniæ tum operæ. Ita post Petrum a Perusio, qui judicis prudentiam hic desiderat, *Covar. lib.* 2. *var. resol. c.* 2. *n.* 2. quem laudat & sequitur Hugo Grotius *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 12. *n.* 24.

CAP. LV.

An in emptorem hereditatis transeat jus accrescendi?

NON tantum corporis emptio est, sed etiam juris, puta hereditatis, actionis seu nominis debitoris. *titt. ff. & C. de hered. vel act. vend.* Et emptori juris etiam ante cessionem datur utilis actio in rem, si hereditas vel actio vendita sit. *l. si cum emptore.* 16. *ff. de pact. l. ult.* C. *de hered. vel act. vend.* quamvis emptori ante traditionem nulla sit in rem actio: & licet venditor corporis teneatur de evictione: venditor tamen hereditatis aut nominis evictionem non præstat: sed satis est, si præstet hereditatem esse, nomen esse quale quale. *l.* 4. *l. qui filiisam.* 14. §. 1. *ff. de hered. vend. l. si plus.* 74. §. *ult. ff. de evict.* Cui consequens est, nec remedio *l.* 2. C. *de resc. vend.* in venditione hereditatis aut nominis esse locum. Cum autem emptor hereditatis vicem

heredis obtineat, eique restituendum sit, non solum quod jam ad heredem ex ea hereditate pervenit, sed & quod quandoque pervenerit. *l.2. §. non tantum. 4. & §. cum quis. 18. ff. de hered. vend.* quæsitum est, an in emptorem hereditatis etiam transeat jus accrescendi. Ponamus L. Titium heredem scriptum esse ex triente, aut hereditatem legitimam pro triente L. Titio delatam, eumque hanc suam hereditatis partem vendidisse Gajo Sejo. Quæritur si coheredes L. Titii portionem suam repudiaverint aut alias defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accrescendi pertineat, an ad Gajum Sejum, emptorem hereditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem his quæstio moveri potest, quæ tanquam una confusim a plerisque tractatur; an ipso jure & recta deficientium portiones accrescant emptori: sin minus, an non saltem venditor, quod sibi accrevit, emptori præstare teneatur actione ex empto. Quantum attinet ad quæstionem priorem, plane negandum est emptori quicquam directo accrescere. Quippe juri accrescendi tantum locus est inter coheredes, seu heredes ejusdem hereditatis, ut constat ex omnibus locis qui de hoc jure loquuntur: at emptor hereditatis neque a testatore, neque a lege ad partem aliquam hereditatis vocatur, neque fit heres, sed venditor heres manet. *l. ei qui. 88. in fin. ff. de hered. instit.* Et quod notandum est, ut soli ei, qui ex parte aliqua heres extitit, sive ex testamento, sive lege ab intestato, deficientium portiones accrescunt, ita & invito accrescunt & ignoranti, & denique semper cum onere suo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non potest. *l. heredi. 31. l. qui ex duabus. 53. §. 1. ff. de acq. hered. l. 9. ff. de suis & leg. her. l. un. §. his ita definitis. 10. C. de cad. toll.* Nec vero putandum est emptorem hereditatis similem esse ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituta est: hic enim ex voluntate testatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fideicommissarium Trebellianum, quamvis juris successor sit, jus accrescendi transit. Nam si heres rogatus semissem, ex quo institutus est, restituere, portionem suam sponte adiit & restituit, deficientis postea coheredis portio non fideicommissarium, sed heredi fiduciario accrescet, ut recte *Cujac. lib. 12. obs. 12. & 13. Ant. Fab. dec. 50. error. 4.* censent. Etsi enim fideicommissarius Trebellianus juris successor dicitur & heredis loco esse respectu testatoris propterea quod ad exemplum heredis succedit in omnia jura defuncti, & quæ a defuncto in heredem sunt translata: non tamen succedit in jus omne ipsius heredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti heres habet, quale est jus accrescendi, quippe quod habiturus esset etiam testatore invito: alias fideicommissarius non loco heredis, sed heres heredis esset. Non offendor *l. Papinianus. 43. ff. ad senat. Trebell.* quia loquitur de eo, qui compulsus adiit, non qui ultro & sua sponte. Nec tamen dicit portionem deficientis accrescere fideicommissario, sed heredi: at non manere apud heredem. Constat autem eum, qui coactus adiit, & quantum in se fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac si irritam fecisset, eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit, vel habere potuerit non tantum ex testamento, sed etiam occasione testamenti, haud secus ac si hereditatem non adiisset. *l. ita tamen. 27. §. 2. & §. si præceptis. 14. ff. ad senat. Trebell.* Et licet post restitutionem nihilominus heres ipso jure maneat, tamen, quia periculo & commodo alieno adiit, & id egit, ne heres esset, *l. 4. ff. eod. tit.* in iis, quæ ad ipsius commodum spectant, pro non herede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat quod laturus non fuisset, si hereditatem non adiisset. Quod si hic heres ex parte scriptus sponte, non coactus hereditatem amplexus esset, haud dubie aliud

Papi-

Papinianus & Ulpianus in *d. l. 43. ad senat. Trebell.* respondissent, nempe portionem deficientem non modo accrescere heredi, sed etiam apud eum manere, cum nihil obstet, quo minus maneat. Et est heres, qui compulsus adiit, respectu emolumenti non absimilis ei, cui tanquam indigno eripitur hereditas, eo quod tacite cavit se hereditatem restituturum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex testamento aut occasione testamenti consecuturus fuisset, amittit, & consequenter etiam jus accrescendi. *l. si totam. 83. ff. de acq. hered.* Ut autem ad emptorem hereditatis revertamur, unum est, quod maxime pro eo urgent alii, nempe responsum Papiniani in *l. si Titio. 33. §. 1. in fin. ff. de usufr.* ubi Papinianus Juliani sententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, personæ fructum accrescere: unde dicendum videtur deficientium heredum portiones non heredi, qui suam portionem vendidit, sed emptori qui eam, habet, accrescere debere. Respondeo non simpliciter Papinianum aut Julianum jus accrescendi attribuere portioni quasi portioni competat, eamque sequatur, apud quemcunque ea sit; sed personæ ejus, sive heredis sive legatarii, qui portionem suam agnovit & obtinuit ex voluntate testatoris, ad differentiam scilicet ejus, cui conjunctim cum alio usufructus ejusdem rei legatus est, qui etiam jus accrescendi habet, quamvis partem suam non agnoverit. *l. 1. §. 3. ff. de usufr. accresc.* Nulla autem ratio dari potest, cur magis heres vendita portione hereditatis sibi acquisitæ jus accrescendi amittat, quam unus e legatariis ejusdem rei vendita parte sua. Sunt, qui respondent heredem hoc ipso, quod pretium consecutus est, videri adhuc portionem ipsam habere, pretiumque in locum rei succedere, & portionem venditam repræsentare, per *l. 4. §. ult. ff. si quis omiss. ca. test. l. si usufructus. 35. §. 1. ff. de usufr.* Sed quia hæc responsio non tollit totam difficultatem (quid enim, si heres partem suam alteri non vendiderit, sed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius, quam ipsi jus accrescendi tribuendum erit?) malim dicere cum Ant. Fabro *dec. 50. err. 5. Bachov. ad Treutl. disp. de emp. & vend.* illud ipsum jus, quod etiam vendita hereditate penes heredem manet, loco portionis fungi, nisi & hoc ipsum vitietur, & heres ex causa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis consecuturus fuisset: quod contingit tum ei, qui coactus alieno periculo adit, *l. 4. ff. ad senat. Trebell.* tum cui, ut indigno, hereditas aufertur. Atque hæc vera & adæquata ratio est, cur in specie *l. si totam. 83. ff. de acq. hered.* heredi, qui clam fidem suam accommodavit, ut incapaci hereditatem restitueret, nihil debeat accrescere, id est, ita accrescere, ut apud eum maneat: quoniam & illud, quod accrevit, ei tantum ministro fraudandæ legis aufertur, & fisco vindicatur. *l. 1. l. 3. l. Imperator. 43. ff. de jur. fisc. l. 1. C. de delator.* Illa autem ratio, quam Ulpianus in *d. l. si totam.* affert, *quia rem non videtur habere*, minus accurata est, nec ad omnes pertinet casus, non ad casum hereditatis venditæ, aut restitutæ capaci ab eo, qui sponte adiit. Nec vero semper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad casus omnes, etiam de quibus forte non cogitarunt, accommodari possint, utuntur. Et alioqui sequeretur necessario neque eum heredem, cujus portio legatis exhausta est, integra legata solventem, ut pleniore officio fidei fungatur, jus accrescendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam posito, portiones deficientium heredum non emptori hereditatis, sed heredi, qui suam portionem agnovit & vendidit, accrescere, amplius adhuc quæri potest, an non saltem heres idemque venditor, quod ei postea accrevit, emptori actione ex empto teneatur restituere. Hæc enim inter se non pugnant, non accrescere emptori, & nihil-

nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu posse petere: sic enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet restituere. Et cum quasi per aversionem jus omne, quod heres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino sine ratione colligat aliquis etiam jus accrescendi ea venditione comprehensum. Denique cum emptor periculum sustineat nominum hereditariorum, non inique vicissim sibi asserere videtur lucrum accretionis. Cæterum licet hæc ita, nec sine specie, disputari possint: ego tamen ne illud quidem emptori hereditatis concedendum puto, ut commodum quod occasione juris accrescendi ad heredem postea pervenit, ei extorquere possit. Etenim cardo totius hujus quæstionis in eo potissimum vertitur; an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem transiret. Utique enim si hoc actum non sit, non transibit, cum actus agentium non extendantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis.* 19. *ff. de reb. cred. l. semper.* 34. *ff. de reg. jur.* Jam vero non est credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum esse, quod an ad venditorem perventurum aliquando esset, & venditor & emptor ignorabant: sed non nisi pars jam actu quæsita vendita censeri debet, nec alia, quam illa ipsa & sola, ex qua heres institutus venditor fuit, & quam aditione acquisivit: id, inquam, solum, quod tempore venditionis jam heredi competebat, ut & diserte responsum est in *l.* 2. §. 1. *ff. de her. vend.* Et quæso, cum pretium rei venditæ æqua proportione constitui soleat, *l. pretia rerum.* 63. *ff. ad leg. Falcid.* an non absurdum & iniquum videri debet, si heres sextante aut quadrante, ex quo institutus est, vendito, idque pretio valori rei ἀναλόγῳ sive proportione respondenti, cogeretur partem longe majorem & forte triplo, aut quadruplo, accrescentem postea ad emptorem transferre? Illa autem, quæ passim in *d. l.* 2. *ff. de hered. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne heredis; quod ad emptorem transeat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum perventurum est, quod emptor vicem heredis obtinet: accipienda sunt de parte ipsa vendita, de qua sola inter contrahentes actum est. Hæc in effectu & Jasonis & Ripæ in *l. re conjuncti.* 89. *ff. de legat.* 3. *& Salic. in l. un. C. quand. non pet. part. & Gomes.* 1. *var. resol. c.* 10. *n.* 44. *& Fachin.* 5. *contr. c. ult.* sententia est. *Diss. Bart. in d. l. re conjuncti. Duar. lib.* 2. *de jur. accresc. c.* 6. *& Papillon. in tract. de jur. accresc.*

CAP. LVI.

An beneficium l. 2. C. de resc. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?*

QUAMVIS in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus se invicem circumvenire, dummodo absit dolus malus. *l. in causæ.* 16. §. *idem Pomponius.* 4. *ff. de minorib. l. item si pretio.* 22. §. *ult. ff. locat.* est tamen hujus regulæ exceptio in *l.* 2. *C. de resc. vend.* ubi ea sic restringitur, ut non procedat, si læsio excedat dimidium justi pretii; tunc enim placet rescindi venditionem, etiamsi nullus dolus intervenerit: quippe cum non ex quantitate pretii, sed ex qualitate facti dolus æstimetur. *l. dolus emptoris.* 8. *C. eod. tit.* Igitur si quis v. c. fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æstimatione valebat ducentos & viginti aureos, is oblata pretii, quod accepit, restitutione petere potest, ut venditio rescindatur, & res ven-

vendita sibi restituatur: aut si malit emptor rem retinere, ut suppleat, quod justo pretio deest. *d.l.2. C.de resc. vend.* Quæsitum vero est, an id beneficium etiam ei dandum sit, qui valorem rei suæ scivit. In qua quæstione assentior *Bartolo, Baldo, Saliceto, Castrensi in d.l.2. Menoch.consf.562. Diod.Tuldeno ad C.tit.de resc. vend.n.* 4. negantibus dandum esse contra *Albericum de Rosate in d.l.2.n.12. Pinellum p.1.c.1.n.10. Fachin. 2.controv.c.* 20. Rationes hujusce assertionis nostræ hæ sunt. 1. quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui scit & consentit. *l.nemo. 145.ff. de reg. jur.l.venditor.11.C.de* [illegible]*.vend. l.si minor. 9. C. de act. empt.* 2. Quia videtur donationis causa minoris vendidi[illegible]: nam ubi errore interveniente daretur repetitio, ibi quod consulto & a sciente fit, donari intelligitur. *l. cujus per errorem. 53.ff. de reg. jur. junct. l.si quis.38.ff.de contr.empt.l.cum donationis.* 34. *C. de transact.* 3. quia qui scit & vult, similis est ei, qui jus & actiones suas remittit. *l.* 1. *in fin.ff. de action. empt.* Postremo a parte hujus sententiæ stat textus rotundus in *l.1.C.si major fact.alien.fact.sine decr.rat.hab.* ubi expresse ei demum, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione succurrendum ad consultationem Liciniæ rescribit Imperator Gordianus.

Rationes, quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinæus, hæ fere sunt. 1. quia Imperatores in *d.l.2.C.de resc.vend.* beneficium hoc venditori supra dimidium veri pretii læso concedentes non distinguunt, sciverit, an ignoraverit pretium rei suæ: at quam distinctionem lex non agnoscit, eam nec nos admittere oportere vulgatum est. 2. Quia hac distinctione admissa eluderetur beneficium legis; quippe quod raro admodum locum haberet: quoniam venditor præsumitur nosse vires & merita rei suæ, etiam prædii longe dissiti. *l. quisquis.* 15. *C. eod. tit.* 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, sed in nimia inæqualitate; quæ utique societatem vitiat, absque discrimine scientiæ vel ignorantiæ. *l.si non fuerim.* 29. §. *ult.ff.pro soc.* 4. Quia fieri potest, ut venditor necessitate rei familiaris urgente vel sciens tanto minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut a priori sententia, quæ & communis est, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquam quod jam produximus locum, in quo disertis verbis distinctio ista agnoscitur, nempe *l. 1. C. si major.fact. alien. fact.sine decret.rat.hab.* etiam ipsa *l.2.C.de resc.vend.* eandem distinctionem non obscure suppeditat, quoniam nemo sciens & volens lædi videtur; quæ regula utique etiam in venditione obtinet. *l.ea quæ commendandi.43.ff.de contr. empt.* At humanitati *d.l.2.* causam dedit iniquitas læsionis. Atque hinc simul removetur & tertia ratio: nam etsi *d. l.2.* non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria sive iniquitate, quæ nulla est adversus scientem & consentientem. *l.nemo.145.ff.de reg.jur.* Quod vero regerunt, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriarum id cum locis supra citatis tam manifeste pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat. Nihil præsidii habent in exemplo, quod afferunt, societatis leoninæ, id est, ex qua quis damnum tantum non etiam lucrum aut partem lucri expectat: nam lucri communio ita naturalis est societati, ut sine ea nequeat societas consistere. Quod si forte putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in sociorum æquali collatione, hallucinati sunt: eumque errorem confutavimus *supra c.* 52. At tametsi in societate id placeret propter naturam societatis, quæ æqualitatem desiderat, & jus quodammodo fraternitatis in se habet. *l. verum.* 63. *pr.ff. pro soc.* non continuo id trahendum esset ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipso jure

nulla esset venditio, quando pretium non per omnia proportione responderet rei venditæ, nec unquam liceret contrahentibus, quod pluris est, minoris emere, quod minoris, pluris vendere, & ita naturaliter invicem se circumscribere, contra *l. item si. 22. §. ult. ff. locat. l. in causæ. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib.* Quod secundo loco allegant, admissa nostra eademque communi sententia futurum, ut rarissime huic beneficio sit locus, eo quod venditor præsumatur non ignorare pretium suæ rei, ex *l. quisquis. 15, C. de resc. vend.* male huc accommodatur: quia ea lex diserte loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præsumi scire venditorem, sed debere scire vires & merita rei familiaris: cujus tamen ignorantiæ ignoscitur, si ultra dimidium læsus est. Postremo nec in necessitate venditoris rem suam urgente debito distrahentis contraria opinio fundari potest: id enim repugnat aperto textui in *l. non idcirco. 12. C. de resc. vend.*

CAP. LVII.

An locus sit beneficio l. 2. C. de resc. vend. *in transactione?*

BENEFICIUM, quod venditori, qui rem minoris dimidia justi pretii vendidit, tribuitur *l. 2. C. de resc. vend.* ex adverso etiam emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit dandum esse, facile admiserim cum interpretibus contra Cujacium *lib. 16. obs.* 18. Quin etiam ad alios contractus venditioni similes humanitatem constitutionis transferendam esse, veluti locationem, permutationem, familiæ aut rerum divisionem, si quis duplo plus dederit, quam accepit, aut duplo minus acceperit, quam dedit. Neque enim personæ beneficium est, sed causæ, hoc est, non tribuitur personæ venditoris, sed læsioni; quia læsus, non quia venditor. Quibus autem in causis eadem plane ratio est, in his idem jus statui oportet. estque hæc communis usuque forensi recepta sententia. Anceps autem & necdum communi consensu terminata quæstio est, an legis hujus beneficium ob enormem læsionem etiam producendum sit ad transactionem, puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam ei debebatur, aut quam in petitionem deduxerat. Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem sententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod transactio comparata est ad lites finiendas. *l. fratris. 10. C. de transact.* sicut & jusjurandum, cui transactio æquiparatur. *l. 1. & l. 2. ff. de jurejur.* Unde consequens est, ut quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an debeatur. *l. 5. §. 2. ff. de jurejur.* ita quoque lite transactione bona fide sopita, nihil amplius quæri debeat, quam transactum sit: ne alioqui remedium finiendis litibus comparatum, earundem fiat seminarium; in quam rem & textus est notabilis in *c. 1. ext. de transf.* Nec aliam rationem habere credo, quod placuit ne principali quidem rescripto litem transactione legitima finitam resuscitari oportere. *l. causas. 16. C. de transact.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quam res judicata, *l. non minorem. 20. C. de transact.* At vero res judicata prætextu læsionis, licet immodicæ, non rescinditur. *l. 2. C. de re jud.* Et porro sicut ex causa judicati solutum non repetitur condictione indebiti *l. 1. C. de cond. indeb.* ita nec solutum ex causa transactionis, etsi debitum non fuerit. *l. in summa. 65. §. 1 ff. de cond. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ign.* Quid quod

quod pecunia, quæ transactionis causa datur, non datur tanquam in præteritum debita; sed ob causam futuram, ne aliquid sequatur. *l. nec intentio.* 23. *C. de transact.* quod apprime notandum est. Et magna satis causa justaque est, cur detur, nempe ut a lite discedatur. *d. l. in summa.* §. 1. *ff. de cond. indeb.* Gallorum proverbium est, *Il gaigne assez, qui se met hors de procez.* Adhæc nec ob reperta postea instrumenta transactio rescinditur, *l. sub prætextu.* 19. *de transact.* At quæ justior causa læsionis, aut quæ gravior læsio? Potest enim instrumentum ostendere jus integrum & liquidum, quod forte accepta decima parte remissum sit. In *l. Lucius Titius.* 78. §. *ult. ff. ad senat. Trebell.* proponitur casus a Scævola, quo reperta sunt instrumnta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam heres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat & tamen negat Scævola, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Non potest hic locus intelligi de transactione interposita postquam jam instrumenta reperta essent, quomodo a nonnullis accipitur: alioqui non transactio ea, sed gratuita pactio & liquidi juris remissio esset: Ponamus vero postea transactum esse, an ideo minus audiendus, qui causabitur enormem læsionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta postea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam restitutum erat: sed illud tantum, an in reliquum fideicommissi nomine heres conveniri queat? Unde intelligimus tanto minus transactionem bona fide interpositam prætextu læsionis rescindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut si transactum sit, in reliquum fideicommissi nomine heres conveniatur. Etenim transactione rescissa omnia in pristinum statum restituuntur: secus vero est, cum in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus est, qui huic sententiæ objici solet, nempe *l. si superstite.* 5. *C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ, quæ cum patre super causa gestæ tutelæ bona fide transegerat, ob immodicam læsionem actio in factum adversus patrem datur. Ego vero non video, qua ratione ex isto loco colligi possit, transactionem bona fide ab utraque parte interpositam solo læsionis prætextu posse rescindi. Ajunt Imperatores, si filia immodice læsa fuerit ex liberatione, quæ transactionem secuta sit, novatione & acceptilatione solenniter interposita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, sed in factum actionem tribuendam esse. Hic igitur locus de alio casu accipi non potest, quam quo immodica illa læsio intervenerit dolo patris, per fraudem liberatione filiæ expressa, & nimirum quo casu si adversus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat: cæterum & illud in confesso est de dolo agi non posse, nisi cum eo, in cujus persona dolus arguitur. Nam cum hæc actio sit in personam simpliciter, non in rem scripta, atque adeo famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de ea re alia sit actio, *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio non sit. *l. non debet.* 11. *ff. eod.*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit. *l. sed &.* 15. §. *ult. ff. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormissima, ut a pragmaticis vocatur, læsio; verbi gratia, quæ ultra bessem sit, dolum re ipsa inducat, paremque cum dolo ex proposito vim habeat, commentum est interpretum in *l. si quis.* 36. *ff. de verb. oblig. vid. Ant. Fabr. Cod. suo forens. tit. de transact. defin.* 3. Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id

non debet interpretationem recipere ex *l.* 2. *C.de resc. vend.* quippe cum dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimetur. *l. dolus.* 10. *C.eod. tit.* nec unquam esse possit ἄνευ προαιρέσεως. *l.* 1. §. 1. *ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quoniam si modica tantum læsio interveniret, non facile adversus patrem actio illa in factum subsidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari solet ipsa actio de dolo ob modicam summam adversus alium quemlibet. *l. si quis.* 9. §. *ult. cum l. seq. ff. de dol. mal.* ut bene *Ant. Fab. dec.* 8. *err.* 10. *Schifordig.lib.* 2.*tract.*25.*fere per tot.* Porro ratio cur actori, qui transegit, beneficium hoc concedendum non sit, sita est in dubio litis eventu. Quid enim? forte ei non debebatur, quod petebat. Et dato debitum fuisse, quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat: aut propter impensas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio? Quæ dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait Ulpianus in *l.quemadmodum.*29. §. 3.*ff. ad leg. Aquil.* Imo vix est, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatio. Fatemur dubium eventum æstimari posse *l.propter.* 23.*ff. famil. ercisc. l. si jactum.* 12.*ff. de act. empt. l.* 11.*ff. de hered.vend.* sed negamus dubii eventus certam posse constitui æstimationem. *d. l.quemadmodum.* §.3.*l. quod debetur.* 51.*ff. de pecul.* ut proinde nec certa læsio dici possit, quæ ex hujusmodi eventus dubii æstimatione inducatur; cum tamen certam esse læsionem oporteat, & quidem inspecto præcise tempore contractus, ut huic remedio sit locus. Atque hanc eandem ob causam recte defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur. *l.* 8. §. 1.*ff.de contr. empt. l.* 2. §. 3. *l.* 4. *l.*11.*l.qui filiifa.* 14.§.1.*ff.de her. vend. l. si plus.*74. §. *ult. ff.de evict. l.*1.*C.eod.* In reo autem transigente prima facie videri potest omnino non esse locum huic quæstioni: quippe cum nemo plus dare soleat quam ab eo petitur: sed tamen & in reo transigente potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quam ab eo petitur: attamen dicere potest, se nihil aut duplo minus, quam dedit, debuisse, & nihilominus ad vitandam litem tantam se summam dedisse. Cæterum nec reo hoc casu remedium *d. l.* 2. *C. de resc.vend.* tribuendum erit. Non cum eodem casu cesset condictio indebiti. *l in summa.* 65. §. 1. *ff. l.* 2. *C. de cond. ind. l.* 6. *C.de jur. & fact. ign.* quæ & ipsa ex humanitate bonoque & æquo introducta est. *l. pen.ff. de cond. indeb.* utique & cessare debet remedium *d. l.* 2. Non me latet Pinellum ad *d. l.* 2.*p.* 1.*c.*3.*n.*5. bonamque cum eo partem interpretum beneficium *d. l.* 2. porrigere ad quoscunque contractus, etiam stricti juris, atque adeo ad ipsam quoque transactionem. Sed profecto beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temere ad stricti juris judicia producendum est: utique ad transactionem nequaquam, quæ ad liberationem & lites sopiendas comparata est: quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n.* 10. audaci sane, ut mihi videtur interpretatione, & multarum litium semina continente. *vid. Andr. Gail.* 2. *obs.*70. *Damhoud. prax. civ. c.* 200. *n.*6.*& seqq. Fachin.* 2. *contr.* 26. *Diod. Tulden. ad tit. C. de resc. vend. n.* 5. *Ant. Fab. dec.* 8. *err. pragm.* 10. *Don. in d. l.* 2.*C. de resc. vend. n.* 22. *Perez. ad d. tit. C. n.* 14.

ARNOLDI VINNII, JC.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBER II.

CAPUT I.

Si conductor casus fortuitos in se susceperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat?



CERTUM est casus fortuitos nullo in judicio præstari, ac ne in commodati quidem. *l. 5. §. quod vero. 4. ff. commod. l. 1. §. & ille. 4. ff. de oblig. & act. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. l. contractus. de reg. jur. l. 6. de pign. act.* quo postremo loco verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, non sunt adjecta ad excludenda judicia stricti juris. *l. si ex legati. 23. ff. de verb. oblig. l. 5. ff. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum: nam si in commodato non præstatur casus fortuitus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus sit stricti juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, sed de levi duntaxat. *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. stabul. l. in navem. 31. in fin. ff. locat.* tantum abest, ut de vi majore & casu teneatur. *l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locat. d. l. contractus. de reg. jur.* Cæterum natura contractus conventione contrahentium mutari potest. Finge convenisse ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus, nec minus quam placitum est, præstabitur: quamvis alias in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præstetur. *l. 5. §. 2. & §. interdum. 10. ff. commod. l. 1. §. si convenit. 6. ff. depos. l. 1. C. eod. d. l. contractus. de reg. jur.* Sed & si in negotio gerendo conventio interposita sit de casu præstando, scilicet ut debitorem damna fatalia sequantur, rata est conventio: contractus enim legem a conventione accipiunt excepto si placuerit, ne dolus præstetur. *d. l. contractus. d. l. 1. §. illud. 7. §. sæpe. 35. depos. l. 6. C. de pign. act.* Quamobrem & si quis ita fundum locaverit, ut si quid casu fortuito sive vi majore accidisset, hoc ei præstaretur, pacto standum est. *l. si quis. 9. §. 2. ff. locat.* Est autem casus fortuitus id omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti. *l. in rebus. 18. pr. ff. commod. l. ex conduct. 15. §. 2. ff. locat. l. 1. §. 4. ff. de oblig. & act. l. 6. C. de pign. act.* Igitur hoc certi juris est, si convenerit, ut conductor etiam casum fortuitum præstet,

conventionem valere damnumque improviso casu contingens conductorem sequi. Illud autem adhuc quæritur, an hujusmodi conventio etiam pertineat ad casus insolitos, id est, an conductor in se recipiens casus fortuitos, recepisse etiam intelligatur casus insuetos & raro admodum contingentes. Bartolus in *l.* 4. §. *pen. ff. si quis caut. jud. sist.* & in *l. fistulas.* 78. §. *ult. ff. de contr. empt.* id negat, quem sequitur *Mantica lib.* 5. *de tac. & ambig. conv. c.* 8. *Gail.* 2. *obs.* 23. *n.* 18. *& vulgo DD.* nimirum distinguunt illi inter casus fortuitos solitos, sive communiter contingentes, & insolitos, seu qui præter consuetudinem eveniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventione præstare teneatur, horum autem neutiquam, quasi de iis cogitatum non esset. Sed mirum est profecto hanc sententiam cuiquam probari potuisse: cum eventus insolitus vel maxime contineatur appellatione casus fortuiti, & fere solus etiam secundum ipsius Bartoli definitionem in *d. l. fistulas.* 78. §. *ult.* ubi cum dixisset eum, qui in se suscipit casum fortuitum, teneri de casibus communiter contingentibus, mox imprudens sibi contradicit, dum ait: casus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex consuetudine eveniens, cum tamen quæ communiter contingunt, ex consuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum Bartolus in *d. l.* 4. §. *pen. ff. si quis caut. jud. sist.* sententiam suam, nempe conventione de præstando casu fortuito interposita non intelligi casum insolitum, firmasset auctoritate Labeonis in *d. l. fistulas.* §. *ult. ff. de contr. empt.* ubi ad hujus textus explicationem venit, necesse fuit, ut aut incaute sibi contradiceret, aut sententiam suam mutaret, adeo perspicue ibi casui fortuito adscribuntur insolita, & quidem insolita tantum, non etiam quæ secundum consuetudinem eveniunt. Verba Labeonis hæc sunt: *Si frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum, ea frumenta nives corruperunt; si immoderatæ fuerunt & contra consuetudinem tempestates* (ita lego, *non tempestatis*, cum Salmasio *c.* 24. *ad jus Attic.*) *agi tecum ex empto poterit.* Locus hic minime obscurus est, sed planus, si ullus alius. Notum est emptione perfecta, id est, simul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinere, tametsi res emptori nondum tradita sit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præstare. §. 3. *Inst. de empt. & vend. l.* 8. *pr. ff. d. per. & commod. rei vend.* & sexcentis similibus locis. Ergo in specie a Labeone proposita, si venditor nominatim casus forte eventuri periculum in se non suscepisset, nullam emptor cum eo actionem habuisse de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in se casus fortuiti præstatione, de eo, quod tempestate contigit ex conventione tenetur, si modo tempestas insolita fuit, & præter morem cæli regionis sæviit: aut ut ipse Labeo ait, si ideo frumenta corrupta, quia tempestates immoderatæ & contra consuetudinem fuerunt, quasi quod vulgo & ex consuetudine fit, pro casu fortuito non sit habendum. Quam ob causam satis mirari nequeo, quod Bartolus & passim alii firmamentum sententiæ suæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte destruit. Cæterum sunt alia loca, quæ Bartoli sententiam probabilem faciunt, aut saltem prima specie facere videntur. Primus locus est *l.* Sejo. 10. §. 1. *ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de hujusmodi specie consultus, *Medico Sempronio, quæ viva præstabam, dari volo*, respondet, ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt; ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam similitudinem hæc species habet cum

cum quæstione proposita. Tale enim legatum, *Quæ viva medico præstabam*, &c. non nisi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri potest, quia instar honorarii seu stipendii annui medico id relinquere testatrix voluit: ac proinde nec videri potest testatrix sensisse de iis, quæ ex occasione & quasi fortuita liberalitate semel atque iterum in vita præstiterat: quippe circa quæ legatum non potuit consistere, utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi posset: quia nimirum quæ extra ordinem & ex occasione κ̀ τύχον ἴσως dedit, ea non ἐκ προνοίας aut perpetuæ voluntatis destinatione profecta fuerunt. Secundo pro eadem sententia affertur textus in *l.* 4. §. *pen. ff. si quis caut. jud. sist.* ubi Jurisconsultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium desertum excusent, nisi causæ exceptionum specialiter fuerint expressæ. Respondeo, & illud dissimile est. Nam qui casum fortuitum in se recipit ipsa nominis vi admonente cogitat etiam de insolitis, saltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non censetur cogitasse de iis causis, quæ de novo forte emersuræ sunt, sed tantum de iis, quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non respiciunt ad id, de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum e converso casus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & docte *Diod. Thulden. ad Cod. tit. de locat. n.* 11.

Cætera, quæ proferunt, minorem etiam speciem habent: quale est illud, quod in *l.* 6. *C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis casibus accidunt, prævideri non posse. Nam etsi prævideri non possunt, nec averti: possunt tamen præcogitari; & qui eos in se suscipit, insolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque est, quod de procuratore universorum bonorum asserunt, nempe etsi is facere potest ea, quæ dominus facere solitus erat, non posse tamen facere, quæ dominus facere non consuevit. *l. vel universorum.* 12. *ff. de pign. act. l. qui semisses.* 13. §. 1. *ff. de usur.* Etenim mandati fines diligenter sunt custodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis. *l.* 5. *ff. mand.* Generale autem mandatum, etsi verbis omnem administrationem continet, non continet tamen sententia mandantis, quippe quem credibile non est ea mente fuisse, ut quid procuratori suo facere permiserit, quod ipse facere non consuevit, & alias satis notum est, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis verisimiliter mandaturus non fuerat, sed speciale mandatum in his requiri; qualia sunt causa famæ, restitutio in integrum, transactio, &c. *l. non solum.* 39. §. *ult. & l. seq. l. mandato.* 60. *ff. de procur. l. illud.* 25. §. 1. *ff. de minorib.* Postremo ejusdem generis est, quod colligunt ex *l. qui occidit.* 30. §. 3. *vers. at si omnia, ff. ad leg. Aquil.* ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia, quæ oportuit, observavit, & subita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de casu fortuito præstando actum est, ac proinde nec præstari casus fortuitus debet, nec magis insolitus, quam qui crebrius evenire solet. *l. contractus. in fin. ff. de reg. jur.* eodemque modo respondendum ad *l. si putator.* 31. *ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. si quis fumo.* 49. §. 1. *ff. eod.* ubi Ulpianus scribit, damnum injuria dedisse non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad suas ædes perveniret, qui textus est notabilis. Ita ferme & P*auschman. lib.* 1. *quæst. pract. cap.* 6. & 7. *Fachin. lib.* 1. *contr. c.* 86. *Diod. Thulden. ubi supra.*

CAP.

CAP. II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusin inconsulto domino?

CONTRACTUS emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura & insitione, sive, ut nunc loquuntur, melioratione fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe in longissimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & consererentur, idque modica pensione annua, quæ veri domini memoriam conservaret: quanquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem fere conditione locari cœperunt. Est igitur jus emphyteuticum seu emphyteusis jus perpetuarium, quo quis agro alieno tanquam alter quidam dominus utitur ac fruitur sub lege certæ annuæ pensionis in recognitionem directi dominii præstandæ. Non solum autem jus utendi fruendi per constitutionem emphyteusios emphyteuta acquirit, sed etiam jus emphyteusin oppignorandi, *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignor.* servitutem prædio imponendi. *l.* 1. §. *ult. ff. de superfic.* jus vendendi, donandi, permutandi & quoquo modo in alium transferendi. *l.* 3. C. *de jur. emphyt.* unde est, quod emphyteutæ interdum domini vocantur *l.* 2. *l.* 4. *C. de div. præd. urban. & rust. templ.* 11: 69. Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteusios non tantum licita quælibet fuit, sed etiam libera. *l.* 1. *ff. si ag. vectig.* §. 3. *Inst. de locat. l.* 1. *C. de fund. patrimon. lib.* 11: 61. At lege Justiniani id jus nonnihil imminutum. *l.* 3. *C. de jur. emphyt.* cujus hæc summa est, ut si inter dominum & emphyteutam in ipso contractu de alienatione nihil convenerit (nam conventionem omnimodo servari vult) liceat quidem emphyteutæ jus suum in alium transferre, sed certis conditionibus, quarum prima est: ut, si id vendere velit, domino illud denuntiet, eique offerat προτίμησιν seu emendi prærogativam. Non requiritur ergo consensus domini, ut vendere liceat ut male plerique putant; verum ut ipsi potius, quam alii vendatur: ac proinde hæc non tam est requisitio consensus domini, quam simplex certioratio. Secunda est, ut novus emphyteuta a domino in possessionem inducatur, seu, ut nunc vulgo loquuntur, investiatur. Tertia & postrema, ut dominus pro admissione & subscriptione ac depositione (cujus forma in *d. l.* 3.) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquagesimam partem pretii, si vendatur, vel æstimationis fundi, si per aliam conventionem, puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem posteriora, nempe inductio seu investitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non satis expeditum est, an in casu donationis & permutationis eadem quoque denuntiatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam similis prærogativa domino competat, non utique in hoc, ut si emphyteuta rem alteri donare velit, dominus postulare possit, ut sibi donetur, quod aperte iniquum est: aut si permutare cum alio emphyteuta cupiat, teneatur domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipsum sine manifesta injuria emphyteutæ constitui non potest. Sed an emphyteuta priusquam donet aut permutet, dominum certiorare debeat, se id facere velle, & sic etiam offerre domino si velit, potestatem emendi; sive an dominus possit æstimationem solvendo

vendo ſic etiam rem ad ſe revocare. Reſpondeo, ne hoc quidem admittendum eſt, tum reſpectu donantis emphyteutæ, qui forte, dum alium obligare & remunerare vult, ſimul vult extare monumentum liberalitatis ſuæ & manere in ſui memoriam: tum reſpectu donatarii, cui fortaſſis gratior eſſet & acceptior agellus emphyteuticarius, quam alterum tantum pecuniæ aut valoris, & qui forte ne dignaretur quidem pecuniam accipere. Et quid ſi emphyteuta prædium ſuum alicui legaverit (poteſt enim & hoc facere. *l. ſi domus. 71. §. ult. ff. de legat. 1. l. in conventionibus. 219. ff. de verb. ſign.*) & id fecerit indulgens affectui amici ſui, an & hic dominus oblato pretio legatarium fundo ſibi legato privare poterit contempta voluntate defuncti? atqui legare eſt donare. Aut quid ſi emphyteuta heredem teſtamento inſtituerit, an & hic idem domino licebit? In permutatione vero ſi hoc admittamus fruſtrabitur emphyteuta deſiderio ſuo & fine cupito, nempe eo prædio, quod ſuo prætulit, & multas ob cauſas præferre potuit. Quid enim ſi alter illud vendere nolit, aut non niſi immodico pretio vendere velit, qui non aliam ob cauſam animum permutandi habuit, quam quod fundum emphyteutæ habere maluit, quam ſuum, ut homines diverſimode afficiuntur. Vendentis autem emphyteutæ plane nihil intereſt, a quo pretium accipiat, a domino, an ab alio: quippe quod ſolum deſiderat, & in quod nulla poteſt cadere affectio. *l. 3. ff. de in lit. jurand.* Hoc itaque poſito, ſupervacuum foret in donatione aut permutatione requirere conſenſum domini, eumve certiorare de donatione aut permutatione facienda ob alium finem, quam ut novum emphyteutam, in quem jus ſuum prior transferre vult, dominus admittat & in poſſeſſionem accepto laudemio ſuſcipiat: hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, niſi in tales perſonas jus transferatur, quæ in contractibus emphyteuticis excipi ſolent, aut non ſunt idoneæ ad ſolvendum emphyteuticum canonem, *d. l. 3. verſ. neceſſitatem autem. C. de jur. emphyt.* Et bene Jaſon animadvertit principium *d. l. 3.* eſſe generale, atque in univerſum ibi prohiberi emphyteutam jus ſuum in alium transferre, hoc ſcilicet fine, ne inſcio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta ſubſtituatur, & ille privetur laudemio: at *verſ. ſed ne hac occaſione.* eſſe ſpecialem, & ad venditionem tantum pertinere, quam ſi facere velit emphyteuta, formam illic præſcriptam ſervare debeat. Arguunt hoc ipſa textus verba, *vendere, comparare pretium accipere, eandem quantitatem præſtare*, quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea, quæ mox ſequuntur, & quidem evidentiſſime: quod neſcio an ab aliis obſervatum. Nam cum Imperator conſtituiſſet, quid ſpeciatim in contractu venditionis obſervari vellet, nempe atteſtationem meditatæ venditionis domino tranſmittendam eſſe, eique offerendam emendi prærogativam, & ſi deliberaturum ſe dicat dominus, reſponſionem ejus per bimeſtre temporis ſpatium expectandam, tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteuſios alienatione. Et primo quod ad venditionem attinet, ſi dominus neget ſe emere velle, aut per memoratum tempus nihil reſpondeat, tunc liceat emphyteutæ jus ſuum, cui velit, dummodo perſonæ idoneæ, vendere, atque ut dominus neceſſe habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, ſi emphyteuta alio modo jus ſuum ad perſonas conceſſas & idoneas tranſponere velit, poſſe hoc eum facere etiam domino inconſulto, nulla nec emphteutæ impoſita denuntiationis neceſſitate, nec con-

cessa domino contradicendi licentia. Utroque autem casu exigit, ut dominus ipse novum emphyteutam in possessionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem a domino testato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menses expectet; qui si novum emphyteutam intra id tempus admiserit, tum illi pro admissione sua & subscriptione honorarii loco vult tribui quinquagesimam partem pretii, si jus emphyteuticum venditum est, vel æstimationis loci, si ex alia causa translatum. Quod si dominus toto eo tempore supersederit novum emphyteutam, alioqui idoneum admittere, tum Justinianus ipsi emphyteutæ liberam potestatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in possessionem, nihil laudemii nomine, domino relicto, quod alias pro admissione consecuturus fuisset. Atque hæc communis interpretum sententia est in *d. l.* 3. quam sequitur Mantica *lib.* 22. *de tac.* & *ambig. convent. tit.* 28. *n.* 56. & *seqq.* & *n.* 69. atque ibi citati *Diod. Thulden. in Cod. d. tit. n.* 8. *Bronchorst. cent.* 1. *assert.* 80. eamque bene & erudite defendit *Donell. lib.* 9. *comm.* 14. Dissentit ex parte *And. Fachin. lib.* 3. *cont. c.* 97. & *lib.* 6. *c.* 98. Cujus argumentis facile occurri poterit ex iis, quæ jam dicta sunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in casu donationis & permutationis, emendi prius domino potestatem faciendam contendunt, eumve æstimatione oblata jus habere rem ad se revocandi, leviores sunt, quam ut novam & peculiarem mereantur responsionem. Obiter hic noto quibusdam, nempe curialibus, vetitum esse prædia sua sine decreto vendere, donare & permutare permissum: ex quo apparet, non semper a venditione ad donationem licere ἀνασκευάζειν. de quo interpretes ad *l. non debet.* 21. *ff. de reg jur.* Quatenus nostris & Gallorum moribus a constitutione Justiniani in *d. l.* 3. *C. de jur. emphyt.* recessum sit, disce ex *Groenew. tract. de leg. abrog. ad d. l.* 3. *Grot. lib.* 2. *introd. ad jurispr. Bat. c.* 4. *Mornac.* & *Autumn. ad d. l.* 3.

CAP. III.

An dominus fundi emphyteutici, post elapsum tempus canonem recipiens, videatur renuntiasse caducitati?

PRÆSTATIO canonis seu pensionis annuæ pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino expulso emphyteuto agrum auferre. *l.* 1. *pr. ff. si ag. vect. seu emphyt. pet.* §. 3. *Inst. de locat.* Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo, volente domino, cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat. *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* In emphyteusi ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur. *auth. qui rem. C. de sacros. eccles.* Quid autem, si emphyteuta post cessationem tanti temporis canonem elapsum domino obtulerit, isque eum ultro sine protestatione acceperit, an non videri debet dominus hoc ipso caducitati renuntiare, & solventem pro emphyteuta agnoscere? Et siquidem emphyteuta ecclesiæ per biennium in solvendo canone cessaverit, novissima Justiniani lege, licentia datur ecclesiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta exigendi, & præterea rem emphyteuticam vindicandi, sive, ut Justinianus loquitur, τὸν ἐμφυτευτὴν ἐκβαλεῖν τῆς ἐμφυτεύσεως. *Nov.* 120. *c.* 8. unde *auth. qui* *rem.*

rem. C. de sacros. eccles. Igitur si prælatus aut capitulum post biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, salvum nihilominus manet ecclesiæ jus emphyteutam expellendi. Cæterum cum hoc constitutum sit speciali favore ecclesiarum & venerabilium domuum, ut apparet ex *d. c.* 8. *Nov.* 120. nec prælato concedendum, ut jus ecclesiæ ex caducitate quæsitum remittere possit: non temere id ad emphyteusin civilem trahi debet. Imo, quia Justinianus id specialiter constituit in emphyteusi ecclesiastica, hoc ipsum argumento est, noluisse eum idem observari in emphyteusi civili, ut proinde hic standum sit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid hic ex ratione juris communis in emphyteusi civili statuendum sit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non solutum jure suo volente domino excidit, etiamsi interpellatus a domino non fuerit. *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* quippe cum dies hic interpellet pro homine, ut vulgo dicitur *l.* 12. *C. de contr. & comm. stip.* sed neque moræ hic admittitur purgatio: quoniam, ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non potest. *l. Celsus.* 23. *pr. ff. de recept. arbitr. l.* 4. §. *ult. ff. de leg. commiss. l. cum stipulatus.* 113. *ff. de verb. oblig. l. ad diem.* 77. *ff. eod.* Ratio est, quia quod jus parti semel quæsitum est, sive lege, sive propria conventione, id ei auferri non debet. *l.* 2. *ff. de his qui sui vel alien. jur. l.* 12. *ff. de reg. jur. Fac. d. l.* 23. *ff. de recept. arbitr.* quanquam emphyteutæ ecclesiæ jure canonico permissum moram purgare celeri satisfactione. *c. ult. extr. de locat.* forte quia jus suum citius amittit, eoque jure & in civili nos uti scribit *Grotius lib.* 2. *introduct. cap.* 40. de quo tamen vide *Christin. vol.* 1. *decis. c.* 157. *n.* 3. *Coren obs.* 22. *rer. jud. a supr. Holl. senat. Groenew. tract. de leg. abrog. ad d. l.* 2. Cum igitur emphyteusis (loquimur de civili) non soluto per triennium canone ipso jure in commissum cadat, nec cadat tamen nisi volente domino, quod etiam de voluntate tacita accipiendum est, eleganter quæritur, an, si dominus post triennium canonem præteriti temporis oblatum ab emphyteuta sine protestatione acceperit, aut ipse canonem exegerit, commisso renuntiasse videatur? Affirmant *Guido Pap. quæst.* 171. *Clar.* §. *emphyteusis. quæst.* 10. *Fachin.* 1. *contr.* 99. *Perez. in C. de jur. emphyt. in fin. Ant. Fab. C. eod. defin.* 16. *Jas. late in l.* 3. *C. d. tit. & DD. comm.* quos etiam secutus est *Bachov. in Treutl. vol.* 1. *disp.* 29. *thes.* 12. Negant *Mantica lib.* 22. *de tac. & ambig. convent. tit.* 33. *n.* 1. *& seqq. Bronchorst. cent.* 1. *assert.* 83. *D. Thulden. ad Cod. de jur. emphyt. n.* 15. *Christin. vol.* 1. *decis.* 157. *n.* 8. *& seq.* Ego priori sententiæ, ut probabiliori mihi visæ, semper adhæsi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor, quod jus commissi cum sit pœnale, facile remissum intelligatur, sicut evenit, cum alia qualibet pœna commissa ob non solutam sua die pecuniam, sors petitur post diem, aut cum venditor, qui legem commissoriam exercere potuit, pretium petere maluit, *l. pen. ff. de leg. commiss.* nimirum in odium pœnarum, quæ semper odiosæ, sive legitimæ sint, sive conventionales, *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. l. pen ff. de pœn.* Utique regulariter res ipsa & pœna simul peti non potest. *l. rescriptum.* 10. §. 1. *ff. de pact. l. si pater.* 12. §. 2. *ff. de pact. dotal. l.* 4. §. *Labeo.* 7. *ff. de dol. mal. except. l.* 4. *C. de pact. int. empt.* nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hic diversa ratio est, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præstandum id, ad quod præstandum ex conventione aut lege obligatus est. Perperam autem ad hæc loca & similia respondetur, quod pœnalis stipulatio per se non consistat, sed accessio sit obligationis principalis, qua sublata & ipsam tolli necesse sit.

Verum enim non eſt, pœnalem ſtipulationem acceſſionem eſſe ejus obligationis, cui ſubjicitur: per ſe enim ſubſiſtit. §. *ult. Inſt. de verb. oblig. l. ita ſtipulatus.* 115. *pr. ff. eod.* & valet, etiamſi ſubjecta ſit inutili. *l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. eod.* Imo & uſuræ præteritæ, quæ ex ſtipulatione debentur, obligatione ſortis ſublata adhuc peti poſſunt, quia duæ hic ſunt obligationes ſeparatæ. *l. centum Capuæ.* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l.* 1. *C. de judic. arg. l. qui per colluſionem.* 49. §. 1. *ff. de act. empt. l.* 4. *C. depoſ.* a contrario ſenſu. Quod autem pœnalis ſtipulatio ſubjecta turpi aut impoſſibili inutilis eſt, *l. ſtipulatio.* 61. *l. ſi homo.* 69. *ff. de verb. obl.* non eam rationem habet, quod ſit acceſſoria aut inutili ſubjecta, ſed quia & ipſa eodem vitio, quo prior, laborat, & pro turpi aut impoſſibili habetur, per *l. aliud eſt fraus.* 131. *ff. de verb. ſign.* de quo fuſe *Donell. ad d. l. ſi homo.* Confirmat hanc noſtram ſententiam *l. Æmilius.* 38. *ff. de minorib.* in verb. *& pretium petendo a lege ſua receſſiſſe.* item *l. Celſus.* 23. *pr.* verſ. *Sin autem oblatum accepit, pœnam petere non poteſt. ff. de recept. arb.* & ſimilis locus eſt in *l. pen. ff. de leg. commiſſ.* Igitur ſi dominus non poteſt exigere canonem, & ſimul exercere jus caduci, ſive rem vindicare & emphyteutam expellere, etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renuntiaſſe videtur. Etenim hoc poſito, quod privatio & expulſio ſit pœna, uti revera eſt, ſi dominus non ignarus emphyteutam jure ſuo cecidiſſe, quo non niſi eo volente cadit, canonem præteriti temporis ſibi oblatum receperit, ſolventem pro emphyteuta agnoſcere, & pœnam remittere intelligitur. Adde quod durum atque iniquum eſt, emphyteutam & jus ſuum atque meliorationes amittere, & nihilominus ad canonem ſolvendum compelli. Quod autem apprime hic notandum eſt, emphyteuta canonem non ſolvens duplici de cauſa jure ſuo privatur: primo quia penſionis damno dominum affecit; deinde, & quidem præcipue, quod ſe emphyteutam eſſe negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur canone poſtea oblato & ultro a domino recepto. Non obſtat, quod quidam objiciunt, canonem ſolvi pro perceptis fructibus, pœnam infligi ob ceſſationem. Nam canonis ſolvendi hic principalis finis eſt, ut memoria domini conſervetur, &, ut nunc vulgo loquuntur, ut dominus recognoſcatur: qua propter non tam pro perceptis fructibus quam in recognitionem dominii ſolvitur. Longe alia ratio eſt coloni, a quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere poteſt. *l. colonus. pen. ff. locat.* quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & ſolvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum, quod amittat, in fundo habet, impenſaſque utiles, ſi quas fecit, recipit. *d. l. colonus.* nec locator eo expulſo quicquam lucratur aut conſequitur præter poteſtatem alteri rem locandi, quod ſæpe etiam incommodum locatori affert. Aliud quoque juris eſt, cum utrumque debetur & res & pœna, ut in ſpecie *l.* 7. §. 1. *ff. de cond. furt.* & in emphyteuſi eccleſiaſtica *Nov.* 120. *c.* 8. item in ſpecie *l. ſi quis major.* 41. *C. de tranſact.* & denique ſi pœna adjecta ſit coërcendo contemptui, ut in caſu *l. ſi quis rem.* 30. *ff. de recept. arbitr.* Plane ſi dominus canonem præteriti temporis accipiens proteſtetur ſe non alia lege eum accipere, quam ut ſalvum ſibi maneat jus commiſſi, jus illud adhuc exercere poterit: quoniam proteſtatio conſervat jus proteſtantis. *l.* 4. §. 1. *ff. quib. mod. pign. ſolv.* haud ſecus ac cum inter contrahentes ab initio actum eſt, ut rato manente pacto pœnam exigere liceat. *l. pen. ff. de tranſact.* Neque vero proteſtatio hæc novum jus domino tribuit, ut quidam hinc colligunt, ſed jus expulſionis, quod ante habuit, ei conſervat, cui

cui proteſtationi ſi non contradicat emphyteuta, in eam conſentire videtur. *c. qui tacet. ext. de reg. jur.* Quod ſi dominus cum proteſtatione accipiat canonem futuri temporis, ſive elapſum poſt tempus, quo emphyteuſis in commiſſum cecidit, nihil hæc proteſtatio dominum juvabit: quoniam proteſtatio facto contraria, nihil operatur. *l.* 1. §. 1. *ff. ſi uſusfr. pet.* Eſt autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorſus contrarius juri quæſito: hoc enim ſupponit non eſſe amplius emphyteutam, ille contra adhuc eſſe. Digna mihi viſa fuit hæc quæſtio, quæ paulo accuratius tractaretur, quam apud pleroſque hactenus tractata fuit.

CAP. IV.

An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?

CREDITORUM alii ſunt chirographarii, id eſt, qui citra hypothecam perſonalem tantum actionem habent; alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri & ſimplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii creditores inter ſe concurrentes omnes pares ſunt, etſi alii alios tempore præcedant. *l.* 6. *de bon. auct. jud.* Quod ſi cum chirographariis ſimplicibus concurrant ejuſdem generis creditores, ſed privilegiarii, id eſt, privilegium perſonale exigendi habentes, hi illis potiores ſunt. Inter ipſos autem privilegiarios ejuſdem tituli, licet diverſi temporis, nulla prælatio eſt. *l. privilegia.* 32. *ff. de reb. auct. jud. poſſid.* Hujus generis creditores ſunt reſpublica. *l. penult.* §. 1. *ff. de reb. auct. jud. poſſ. l.* 2. *C. de jur. reip. lib.* 11. 29. qui in navem extruendam vel inſtruendam, vel in rem emendam crediderunt: *l. qui in navem.* 26. *l. quod quis navis.* 34. *ff. d. tit.* &c. Inter ejuſdem generis creditores numeratur & qui ob reſtitutionem ædificii collapſi pecuniam credidit. *l. ſi ventri.* 24. §. 1. *ff. eod. l. creditor.* 25. *ff. de reb. cred.* Sed huic poſtea Senatuſconſulto etiam pignus datum eſt. *l.* 1. *ff. in quib. cauſ. pign. tac.* quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui credidit in refectionem & fulturam domus alioqui ruituræ: vi ipſa enim reſtituit, qui efficit, ne ruat. Unde quæſitum eſt, an non & ille jus taciti pignoris habere debeat, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias credidit. Multum enim intereſt, utrum quis tantum habeat perſonale privilegium exigendi, an vero hypothecam ſive pignus. Nam qui hypothecam habent, ſive tacitam, ſive expreſſam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi duntaxat habent. *l. eos qui.* 9. *C. qui pot. in pign.* quam ob cauſam hi etiam fiſco poſtponuntur. *d. l. quod quis navis. ff. de reb. auct. jud. poſſ. junct. l.* 1. & *l.* 2. *C. in quibus cauſ. pign. tac. l.* 2. *C. de jur. fiſc. l. ſi quis.* 28. *ff. eod.* Ego non invitus in eorum ſententiam concedo, qui negant eum, qui in navem reficiendam credidit, jus tacitæ hypothecæ habere. Etenim omnes tacitæ hypothecæ legibus nominatim conſtitutæ ſunt; nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem in navem inſtruendam credenti perſonale privilegium exigendi, *d. l. qui in navem.* 26. & *l. quod quis.* 34. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* at idem privilegium etiam ei datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem conſtat tacitam hypothecam non habere, cum nec ei, qui in extructionem novæ domus pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum ſit, ſed ei tantum, qui credidit in reſtitu-

tionem, id est, reædificationem, & instaurationem collapsæ. *l.* 1. *ff. in quib. caus. pign. tac.* Sed & idem privilegium iisdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, quæ tamen res in causam pignoris non deducitur, nisi id expresse convenerit. *l. quamvis.* 17. *C. de pign. l.* 7. *C. qui pot. in pign.* & ita sæpe judicatum est. *decis. Cur. Holl* 35. *Sande lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. & 7. *Ant. Fab. C. suo for. tit. qui pot. in pign. defin.* 10. Fallitur igitur Accursius, & qui eum sequuntur, *Covar.* 1. *resol.* 7. *n.* 3. *Neguzant. p.* 2. *memb.* 4. *n.* 162. *cas.* 16. aliique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad refectionem navis pecuniam mutuam dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quod horum pecunia non minus navem salvam fecit, quam illius, qua refecta aut restituta est insula, sive ædificium. Nam si hoc verum est, etiam ille, qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem sibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor consecutus est, ut eam rem habeat, quod tamen falsum est. *d. l. quamvis. C. de pignor.* Nempe non temere, quod nominatim jure singulari tributum est ei, qui in restitutionem aut refectionem ædium pecuniam dedit, trahendum est ad quosvis, qui in cujuscunque rei refectionem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero.* 14. & *l. seq. ff. de legib.* Neque eadem profecto causa est ædificii reficiendi, & navis aut alterius rei conservandæ. In ædificiis tuendis sarciendisque non modo utilitas aliqua publica versatur; sed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra sint & bene composita, non cassa & ruinosa, ne aspectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non necessarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & sartis tectis tuendis multa legibus cauta & constituta sunt. Nam & lex duodecim tabularum de tigno alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne sub hoc prætextu ædificia diruantur *l.* 1. *ff. de tign. junct.* & senatusconsulto cautum, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, nisi hactenus, ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur. *l. cætera.* 41. §. 1. & 2. *ll. seqq. ff. delegat.* 1. Quorum nihil simile in navi aut cæteris rebus. Ac propterea omnino dicendum est, cessantibus & verbis senatusconsulti & sententia, pignus in aliis rebus non constitui, quæ refectæ nostra pecunia fuerunt, nisi de eo generaliter aut specialiter convenerit, extra causam creditæ in restitutionem aut refectionem ædium; ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublicæ pertineat. *l.* 1. §. *licet autem.* 20. *ff. de exerc. act.* Nam si ex eo inferre velis etiam eum, qui in refectionem navis credidit, tacitum pignus habere, eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cum tamen, ut ante dictum est, ne ille quidem habeat, qui credidit in ædificationem novæ domus. Decepti fuere Accursius & alii, qui contra sentiunt: duobus locis Ulpiani, in quibus legerunt, eum, qui in rem conservandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus esse potiorem, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo, qui ad armandam vel reficiendam navem credidit, adjectaque hac ratione, quia hujus creditoris pecunia salvam fecit totius pignoris causam. *l. interdum.* 5. & *l. seq. ff. qui pot. in pign.* quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conservandam impenderunt. Jam vero, qui in navem reficiendam credidit, non potest potior in pignore cæteris haberi, nisi illi quoque navis obligata sit. Sed male, inquam, hinc Accursius colligit, eum, qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, sive pignus legale, constitutum lege sine conventione. Neque enim aut locis istis, aut toto illo titulo, cui

cui subjecta sunt, tractatur, quomodo pignus constituatur, navis aut res alia pignori obligetur; sed quæritur, quis ex iis, quibus diversis temporibus eadem res obligata est, in pignore sit potior: & illud dicitur, eum, qui in navem, (intellige sibi obligatam, quod fit aperta conventione) armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis posterior crediderit, cæteris in pignore esse potiorem: quod deinde & ad alia porrigitur, veluti si quis in merces sibi obligatas, ut salvæ fiant, aut in cibaria nautarum, sine quibus navis salva pervenire non poterat, &c. crediderit. *l. 6. d. tit. per tot.* Itaque nec ratio, quam affert Jurisconsultus in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore; sed ex hypothesi pignoris conventione constituti concludit pro jure prælationis. Et sic ob eandem rationem is, cujus pecunia prædium comparatum est, licet posterior sit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur; sed non aliter, quam si id prædium ei obligatum sit, quod non fit nisi expressa conventione. *l. quamvis. 17. C. de pignorib. l. licet. 7. C. qui pot. in pign.* Eodem modo respondendum est ad *Nov. 97. c. 3.* Nam nec illic Justinianus quicquam definit aut constituit de tacito pignore, sed relatis diversis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, sed alii expressam, quales sunt, quorum pecunia navis aliave res fabricata, reparata aut comparata est, ea lege, ut pignori esset. *d. l. licet. C. qui pot. in pign. d. l. quamvis. 17. C. de pignor.* alii tacitam, ut mulier in causa dotis, tractat de jure prælationis, sancitque ut inter hujus generis creditores temporis ordo servetur, & is nimirum cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, sive expressam, sive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgatum illud, privilegiatus adversus privilegiatum non utitur privilegio suo. *Nov. 91. c. 1. l. ult. §. 1. in fin. C. qui pot. in pign. hab.* Atque hæc neotericorum communis sententia est, *Donell. de pign. c. 5. Bronch. cent. 2. assert. 77. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. c. 18. Perez. in Cod. tit. in quib. caus. pign. tac. n. 13. Bachov. lib. 4. de pign. c. 9. & 14.* a quibus male dissentit Costalius ad *l. 5. ff. qui pot. in pign.*

CAP. V.

An hypotheca constituta in rebus per beneficium l. 2. C. de resc. vend. *avocatis, extinguatur?*

SPECIES hæc esto. Titius cum fundum a Sejo centum aureis emisset, eundem fundum sibi traditum pignori obligavit Sempronio, Sejus venditor postea, causatus se ultra dimidium justi pretii læsum esse, sive se eum fundum duplo minore pretio, quam tempore contractus valebat, vendidisse, remedio *l. 2. C. de resc. vend.* fundum avocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emptore in eo fundo Sempronio constitutum resolvatur? Bartolus constanter negat resolvi in *l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & alibi, Baldus contra affirmat in *d. l. 2. n. 17. quæst. 13.* Bartoli sententiam amplectuntur *Cuman. Roman. Fulgos. Alexand.* & alii citati a Pinello in *d. l. 2. p. d. 2. cap. 3. n. 11. Boer. decis. 181. n. 10.* ubi & communem hanc esse sententiam testatur. Baldum vero secuti sunt *Castrensis, Salic. Cagnol. Pinell. d. loc.* aliique plures ibidem relati. *Negus. de pign. membr. 1. part. 5. n. 43. Mantic. lib. 11. de tac. & ambig. conv. tit. 31. n. 69.* Elegans sane quæstio & digna diligenti inquisitione! Nos hic pro Bartolo adversus Baldum stabimus non disputandi tantum aut ingenii ostentandi gratia; sed quia veram esse

eſſe ſententiam Bartoli omnino perſuaſum habemus. Neque tamen in hanc ſententiam nos traxit Bartoli ratio, quaſi, cum emptor quod deeſt juſto pretio ſupplendo, reſtitutionem rei evitare potuerit, *d. l.* 2. C. *de reſc. vend.* alienatio iſta & rei in venditorem tranſlatio non ſit neceſſaria, ſed potius pro voluntaria habenda: quo caſu res cum ſuo onere & cum ſua cauſa tranſeat. *l.* 3. *& l. ſeq. ff. quib. mod. pign. ſolv.* Nam ſi hujus controverſiæ deciſio ex eo tantum dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an neceſſaria cenſenda ſit, in partes Baldi tranſirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præſtandum judicio conveniri & urgeri poſſumus, tametſi alterius rei præſtatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promiſit, ſi tantum temporis præterierit, intra quod fieri poterat, quod promiſit, in id ſolum conveniri poteſt, & id ſolum obligatione contineri incipit, quod ſtipulatoris intereſt factum eſſe, quod promiſſum erat. *l.* 14. *l. ſtipulationes.* 72. *l. ſi inſulam.* 84. *ff. de verb. oblig. l.* 13. §. 1 *ff. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum conteſtata eſt, placeat promiſſorem paratum præſtare, quod promiſit, adhuc audiendum eſſe, & faciendo liberari. *d. l. inſulam. l. ſi ſervum.* 91. §. 3. *ff. de verb. oblig.* cum autem alterutrum præſtare neceſſe ſit, non poteſt promiſſor præſtando quod ſtipulatoris intereſt, dici id feciſſe ἑκουσίως, & volenti animo; non magis, quam ſi quis ex obligatione disjunctiva conventus, alterutrum ſolvat, dici poteſt ſponte & αὐτομάτως ſolviſſe, aut dominus noxali judicio conventus, ſi litis æſtimationem præſtare maluit, quam ſervum noxæ dedere: quod & Pinellus contra Bartolum bene obſervavit. Cæterum etſi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum ſecuto improbamus Bartoli ſententiam: ſed alia ratione eaque vera & ſolida eam tuebimur: nempe quia jus creditori recte conſtitutum, reſtitutione poſt ſecuta citra injuriam ei auferri non poteſt. conſtitutum, inquam, creditori, ut in ſpecie propoſita, ab eo, qui plenum rei dominum habet, qui rem a domino emit pure ſine ulla conditione aut ſuſpenſiva aut reſolutiva, denique ab eo, cujus jus a nemine alio dependebat. Quid enim ſi primus emptor rem alteri vendidiſſet & tradidiſſet? Utique hunc effeciſſet dominum: neque primo venditori adverſus hunc ulla competeret actio: qui autem poteſt ſic, ut dixi, rem alienare, poteſt etiam, nec minus efficaciter, eam oppignorare. *arg. l. non debet.* 21. *ff. de reg. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitore ſervum, quem emit, & oppigneravit, redhibente, pignus non ſolvatur. *l.* 4. *ff. quib. mod. pig. vel hyp. ſolv. l. bovem.* 43. §. *pignus.* 8. *ff. de ædil. edict.* neque etiam eo caſu ſolvatur, quo res diſtracta eſt ea lege, ut ſi diſpliciuiſſet emptori, eam reddere liceret. *l.* 3. *in fin. ff. quib. mod. pign.* non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio ſit voluntaria: quanquam illud etiam verum eſt, non poſſe jus alicui ſemel quæſitum voluntate ejus, per quem illud quæſitum eſt, illi auferri. *l. ult. ff. de pact. l.* 1. §. *ſi rem.* 25. *ff. depoſ. l. qui balneum.* 9. *pr. l. potior.* 11. *pr. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis, quæ dicta ſunt, manifeſtum eſt, propoſitionem illam Baldi ex *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignorib.* quod reſoluto jure dantis reſolvatur & jus accipientis, perpetuam non eſſe: & alioqui nulla non alienatione rei neceſſe eſſet pignus finiri. Procedit iſta propoſitio ſive regula 1. ubi res ab eo pignorata eſt, qui plenum in ea re jus non habet, ſed alius eſt, qui in eadem re jus habet potentius reique ipſius proprietatem, & ad quem jus illud a proprietate ſeparatum, quod alter habet, certis caſibus & certis ex cauſis pervenire poteſt, ſive iſtud jus ſit affine dominio, quale eſt emphteuticum

eum & superficiarium, quod pragmatici utile dominium vocant, sive servitus tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur si emphyteuta emphyteusim, aut superficiarius superficiem oppigeraverint, jure eorum sublato puta quod alter in solutione canonis cessaverit, alter in solvendo solario, evanescet & pignus. *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignorib. l. etiam superficies.* 15. *ff. qui pot. in pign.* Nam quod domino jure publico certo casu tributum est, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ratione & fortiore, si fructuarius usumfructum pignori dederit (potest enim hoc facere. *l.* 9. §. 1. *l. si is.* 11. §. 2. *ff. de pignor.*) finito usufructu & ad proprietatem reverso dicendum est jus pignoris simul expirasse. 2. Certo jure regula superior procedit, quando heres eam rem pignori dedit, quæ legato aut fideicommisso conditionali est obnoxia, & conditio extiterit. *l.* 3. §. *sin autem.* 3. *C. comm. de legat. l. grege.* 13. §. 1. *ff. de pign.* quod & in reliquo jure medio tempore constituto obtinet, puta servitute, usufructu. *l is cui.* 11. §. 1. *ff. quemadm. serv. am. l. si sub.* 16. *ff. quib. mod. us. am.* Item cum creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam debebat, solvit: hic enim & jus secundi creditoris merito placet extingui. *l. debitor.* 40. §. *ult. ff. de pignor. act. l.* 1. & *l.* 2. *C. si pign. dat.* 3. Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem est initus, sed sub conditione resolutiva, ut fit in terminis factæ venditionis sub lege commissoria, aut in diem addictione: itaque & hic si emptor medio tempore rem sibi traditam pignori obligaverit, & sua die pecuniam non solverit, aut alius intra diem præstitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque solvitur. *l.* 3. *in pr. ff. quib. mod. pign. solv. l.* 4 §. 3. *ff. de in diem addict.* Nam sicut conditio suspensiva existens retro ponit, quasi ab initio pure contractum esset; ita conditio resolutiva retro tollit, quasi ab initio nihil actum esset. Et quod notandum est, hoc casu citra ullum factum emptoris vi pactionis, cui hanc potestatem lex dedit, ipso jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare potest a quocunque possessore; *l.* 4. *C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. vers. quæsitum. ff. de leg. commiss.* non utique tanquam rursus ei acquisitam, sed quasi nunquam emptoris factam. At non procedit ista regula, quando res vendita & tradita est ex contractu nulla conditione resolutiva modificato; ut in casu, quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in *l.* 3. *in fin. ff. quib. mod. pign. solv.* nempe si res distracta sit ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore constitutum non finiri Nam ista conditio minime resolutiva est aut resolutivæ vim habet, ut ea existente ipso jure resolvatur & retro annulletur contractus: sed firma manente ipso jure venditione si emptor legem contractus exercere velit, & rem reddere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti in factum præscriptis verbis. *l.* 6. *ff. de resc. vend.* Multo minus ergo locus esse poterit superiori regulæ in casu, quem proposuimus, ubi pure & sine ulla conditione, qua existente aut resolvatur contractus, aut ad eum dissolvendum agere liceat, venditio facta est, & pleno jure dominium rei translatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, si rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum hic est venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propositum in *l. redhibere.* 21. §. 1. & *l. bovem.* 43. §. *pignus.* 8. *ff. de ædil. edict.* nempe ut petat rem liberam restitui, aut eo nomine sibi ab emptore caveri: Quorum neutrum si præstet emptor,

pretium præcise supplere tenebitur, amissa eligendi facultate, ut bene disputat Bachovius *lib. 5. de pignorib. c. 13.* Ex his porro facile colligi potest, quid dicendum sit, si res vendita cum pacto retrovendendi ab emptore pignori obligata sit, & venditor postea oblato pretio præscriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus fides servetur, & res sibi restituatur ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* nimirum pignus non solvi, contra Negusantium *dictæ p. 5. memb. 1. n. 44.* Idem dicendum est, si donatarius rem sibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata sit donatio: quanquam id negent *Pinellus ubi supra n. 19. & Ant. Faber. dec. 23. err. 4.* qui contendunt hoc casu pignus solvi. Pinellus hac ratione, quia donatarius invitus rem restituere tenetur, quæ ratio quam infirma sit, superiora satis ostendunt. Faber, quia donatio resolvitur ipso jure: quæ quidem ratio bona esset, si esset vera. Sed magis est, ut falsa sit. 1. Quia personalis tantum actio ad revocandam donationem donatori datur. *l. his solis. 7. vers. actionem vero matris. C. de revoc. donat.* 2. quia actio illa revocatoria non transit ad heredem. *l. 1. d. l. 7. l. ult. C. eod.* 3. quia exigitur mutatio voluntatis. *d. l. 1. & d. l. ult. vers. ex his.* 4. *arg. l. 11. ff. de reg. jur. l. traditionibus. 20. C. de pact.* nec potest ullus dari textus, quo probetur ipso jure hic donationem resolvi. Nam quod in *d. l. 7. C. de revoc. donat.* dicitur, actionem, qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita personalem esse, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi; non hoc significat eam actionem in rem esse, aut tantum effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in personam dari potest, quæ actionis tantum in rem habeat effectum: sed hoc, effectum tantum ultionis injuriæ habere, & vindictam solummodo persequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adversus ingratos ad revocandam donationem datur, solis dari ipsis donatoribus, non etiam heredibus eorum, quoniam scilicet effectum tantum habet vindicationis, id est, vindictæ & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc similis sit, quam constat heredi ejus, qui injuriam passus est, non dari. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Vindicare enim proprie est ulcisci, & vindicare injuriam sibi factam in *l. 2. §. item si. 5. in fin. ff. de judic. l. deferre. 18. §. sed communem. 7. ff. de jur. fisc.* significat exequi & crimen persequi. adde *Cujac. lib. 4. obs. c. 19. Bachov. lib. 5. de pign. c. 13.*

CAP. VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præscribatur longissimo tempore, seu triginta aut quadraginta annis?

CREDITOR, qui in securitatem crediti pignus accepit, soluto debito illud restituere debet, atque in eam rem prodita est debitori actio directa pignoratitia. *tit. ff. & C. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea, quæ hypothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcunque pignoris possessorem. *§. item Serviana. 7. Inst. de act. l. pignoris. 17. ff. de pignorib.* At pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti a prætore datur:

datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam, quæ alias Serviana aut quasi Serviana, etiam pigneratitiam appellant. *l.* 3. §. 3. *ff. ad exhib. l. naturaliter.* 13. *ff. de cond. ind. l. rem alienam.* 41. *ff. de ping. act. l. si Titio.* 22. *ff. de pignor.* quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pigneratitia efficaciter experiri nequeat, nisi toto debito exsoluto, quæsitum est, an jus illud, quod debitor habet, offerendi scilicet pecuniam & pignus luendi, præscriptione triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dialog. tract. de præscript. Gail.* 2. *obs.* 18. *Mynsing.* 1. *obs.* 16. & *DD.* si fides Gailio, communiter. Affirmant *Gloss. in l.* 13. *ff. de usuc. Costalius ad l. mulier.* 19. *ff. qui pot. in pign. Bachov.* 5. *de pign. c.* 20. *Negusant. p.* 6. *m.* 2. *n.* 19. quorum posteriorum sententia meo judicio probabilior est, eamque & communem esse ait Negusantius. Negantium sententia, seu affirmantium, posse pignus perpetuo lui etiam post triginta annos, defenditur hisce fere rationibus. 1. Quia solvere debitum vel non solvere, si creditor non urgeat, est meræ facultatis: rerum autem meræ facultatis nulla est præscriptio. *l.* 2. *ff. de via publ.* & sibi imputare debet creditor, si debitore cessante solvere, ipse eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris processerit, aut non reperto emptore jus dominii impetraverit, juxta *l.* 3. *C. de jur. dom. impetr.* 2. Quia præscriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata est. *l.* 7. §. 4. *C. de præscr. trig. annor. l.* 1. §. *ult. C. de annal. except.* At actio pigneratitia demum post solutionem aut oblationem & depositionem pecuniæ nascitur. *l. si rem.* 9. §. 3. & *seqq. ff. de pign. act.* ac proinde ex eo demum tempore, quo pecunia oblata aut soluta est, utpote contra actionem jam natam currere incipiet præscriptio. 3. Quod cum possessio creditoris ad usucapionem prosit debitori. *l. qui pignori.* 36. *ff. de acq. poss. l. servi.* 16. *ff. de usuc.* absurdum sit dicere præscriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obstare, quo minus cum creditore actione pigneratitia experiatur, ut disputat Cujacius ad *l. pignori.* 13. *ff. de usuc.* Atque hæc sunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præscriptione tolli. Cæterum quo minus huic sententiæ subscribam impediunt illæ constitutiones, quæ diserte volunt omnem actionem & omne jus sive privatum, sive publicum triginta & ad summum quadraginta annorum spatio excludi. *l.* 3. *l.* 4. C. *de præscr. trig. annor. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* Tale autem utique jus est etiam jus debiti offerendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adversus debitorem & adversus tertium extraneum possessorem pignoris; item jus primi creditoris adversus secundum, atque ex contrario jus secundi adversus primum longissimi temporis præscriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum, *l. notissimi.* 7. *pr.* & §. 2. & 3. *C. de præsc.* 30. *annor.* non video cur non etiam tanti temporis præscriptione tolli possit jus luendi pignoris. Falsum enim est, quod pro vero supponitur a contrariæ sententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris esse meræ facultatis eo significatu, quo rerum meræ facultatis negatur esse præscriptio. Descendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in judicium deducere potest: alioqui omnis actio & persecutio res meræ facultatis dicenda esset. Sed illud meræ facultatis esse dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujusque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale est facultas eundi per viam publicam: quæ facultas nec solo non

uſu amittitur, nec prohibitione aliena. Poſſum quolibet cœnaculo aut conclavi ædium mearum libere uti, nec ſi aliquo eorum longiſſimo tempore uſus non ſim, jure meo excludor: non tamen eo ſenſu, quo dixi, illud jus meum res eſt meræ facultatis: nam ſi alter re mea uſus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præſcriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam alte, quam velit, nullo ſtatuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo tamen jus altius tollendi amittit. Eſtne ergo id jus meræ facultatis? Minime. Nam ſi te altius ædificantem prohibuerit, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per ſpatium præſcriptioni ſtatutum, procedet contra te præſcriptio ſervitutis. In rebus autem, quæ proprie dicuntur eſſe meræ facultatis, prohibitio nihil efficit. *l. 2. ff. de via publ.* Male igitur hæc omnia a pleriſque conjunguntur & tanquam paria habentur, quaſi idem omnium eſſet effectus. Enimvero jus agendi de facto, ut loquuntur, ſeu ipſum agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis eſt, eique nunquam præſcribi poteſt: ſed jus agendi cum effectu, ut obtineam, quod peto, meræ facultatis non eſt, & præſcriptione tolli poteſt, quale eſt jus luendi pignoris debitori ex contractu quæſitum. Sic ſi res aliqua venierit cum pacto de revendendo ſine ulla temporis determinatione, puta ut fas ſit venditori, quandocunque ſibi libuerit, redimere, non niſi intra triginta annos redimere poterit, quia actio perſonalis quæ ex hac conventione naſcitur, *l. 2. C. de pact. int. empt.* tanto tempore tollitur. *l. 3. C. de præſcr. 30. annor.* neque clauſulæ, *ſemper, quandocunque* extendi debent ultra terminos jure publico præſcriptos actionum durationi. Nec verum eſt, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto revenditionis petere poteſt rem venditam ſibi reſtitui, ſit meræ facultatis: non enim in abſoluta facti poteſtate poſita eſt, ſed jure obligationis conſiſtit, eſtque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut recte Bronchorſtius *cent. 27. aſſert.* 62. qui tamen non idem admittit in caſu, quem hic tractamus principaliter. *cent.* 4. *aſſert.* 4. quod mirum eſt. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipſa nititur falſa hypotheſi, nempe actionem pigneratitiam tum demum naſci, cum pecunia debita ſoluta aut oblata eſt: Nam actio pigneratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id eſt, ſtatim naſcitur atque re contracta eſt obligatio ſeu pignus creditori traditum. *l. 1. §. creditor. 6. ff. de oblig. & act. §. ult. Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* Nec obſtat quod dicitur in *l. 9. §. 3 ff. de pign. act.* pecuniam exſolutam eſſe debere, ut naſcatur pignoratitia actio: nam id accipiendum eſt de effectu & actu ſecundo, quia ſoluta demum pecunia efficaciter intentari poteſt. At reſpectu actus primi ſtatim, ut dixi, naſcitur, nec aliud eſt, quam jus luendi pignoris. Sic etſi obligatio & actio empti naſcitur quod actum primum ſimulatque de pretio convenit. *Inſt. de empt. & vend. in pr. & §. 3.* niſi tamen emptor pretium offerat, cum effectu agere non poteſt. *l. Julianus. 13. §. offerri. 8 ff. de action. empt.* An igitur non curret præſcriptio longiſſimi temporis adverſus actionem ex empto, niſi ex eo tempore, quo pretium oblatum eſt? Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum eſt, quod non valenti agere propter impedimentum juris non currat præſcriptio, veluti ſi obligatio diem habeat. *l. 7. §. 4. C. de præſcr. 30. annor.* & in ſpecie *l. 1. §. ult. C. de annal. except.* ubi agitur de filiofam. cui ideo durante patria poteſtate præſcriptio non currit, quia nec agere ea durante poteſt, quod eſt impedimentum juris. At debitori nullum obſtat impedimentum juris, quo minus agat, ſed facti duntaxat,

puta

pata quod non habeat pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujacii eſt, contrariam ſententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus creditorem poſt triginta annos defendi jure aliquo acquiſitionis aut propter uſucapionem, ſed ſolo tempore ſeu communi exceptione temporis, quo ex lege Theodoſii omnis actio finitur, atque ideo hic nec titulum nec bonam fidem requirimus; ſed ſicut in actionibus temporalibus anni vel biennii veluti injuriarum & doli, fruſtra de bona fide quæritur, ita & in hoc caſu poſt triginta annos: Alias nec actio commodati aut depoſiti tanto tempore finiretur. Itaque fruſtra eſt Bronchorſtius *cent.* 4. *aſſert.* 4. dum objicit *l. nullo.* 24. *C. de rei vind. l. un. C. de uſuc. transform. l.* 1. *C. comm. de uſuc.* quippe quibus locis agitur de uſucapione aut longi temporis præſcriptione, modis acquirendi dominii aut juris alicujus dominio proximi, qui ſine juſto titulo & bona fide, veraque poſſeſſione non procedunt. At nos agimus de actionis perſonalis præſcriptione, quam ſola parit negligentia non petentis & lapſus temporis. Sic etſi precario poſſidenti nec longiſſimo tempore acquiritur proprietas. *l.* 2. *C. de præſcr.* 30. *annor.* interdictum tamen & actio perſonalis triginta aut quadraginta annis finitur. *l.* 3. & *l.* 4. *C. eod. tit.* Minus obſtant *l.* 10. & *l. ult. C. de pign. act.* imo magis obſtant contrariæ ſententiæ, quod etiam Cujacius fatetur: loquuntur enim Imperatores de actione pigneratitia jam nata & cum effectu competente, ſolutione ſcilicet jam facta, aut oblata conſignataque pecunia, eamque longo tempore tolli negant, cum tamen nemo ſit, qui neget eam tolli tempore longiſſimo.

CAP. VII.

An ἀντίχρησις *ſit ſpecies pignoris, & an aliqua ſit* ἀντίχρεσις *tacita?*

QUÆSTIO hæc non eſt vulgaris, & digna, quæ diligentiſſime excutiatur, propterea quod Interpretes noſtri non intellexerunt, quid ἀντίχρησις, & falſo ſibi perſuaſerunt eſſe aliquam ἀντίχρησιν tacitam: quod primus obſervavit Claudius Salmaſius ὁ πάνυ *lib. de mod. uſur. c.* 14. Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam quæ ab interpretibus circa hanc rem tradita ſunt; deinde quatenus a vero aberraverint, oſtendam. Interpretibus omnibus antichreſis eſt ſpecies pignoris cum res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem uſurarum, donec debitor pecuniam ſolvat. *arg. l.* 11. §. 1. *ff. de pign. l. ſi pecuniam.* 33. *ff. de pign. act.* Alias ſi tale pactum non interceſſerit, conſtat non licere creditori pignore uti §. 6. *Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* nec fructus eum lucrari, ſed in ſortem eos imputare debere, ita ut ſortis obligatio minuatur, & quantum ex re pignerata fructuum percepit, tantum ei in ſolutione ſortis decedat atque detrahatur. *l.* 3. *l.* 12. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de diſtract. pign.* Atque hæc iis eſt antichreſis expreſſa, quæ valeat, etſi perceptio fructuum legitimum uſurarum modum excedat, propter incertum fructuum eventum. *l. ſi ea lege.* 17 *C. de uſur.* quanquam domum hoc caſu creditor ipſe inhabitare, non aliis locare debeat, aut alias quod ultra modum uſuræ mercedis nomine accepit, in ſortem imputare. *l. ſi ea.* 14. *C. eod. tit.* Eſt & interpretibus noſtris tacita quædam antichreſis, quando ſcilicet nihil de uſuris, nihil etiam de fructibus uſurarum vice percipiendis dictum eſt, ſed pecunia gratuita, id eſt, ſine ulla uſurarum expreſſa mentione credita eſt, & res

talis pignori data, quæ fructus ferat: quasi ipsa datione, cum res pignori datur, quæ fructus profert, illud convenisse tacite intelligatur, ut fructus loco usurarum & compensationis cujusdam vice, retinere creditori liceat: si enim debitor eo animo noluisset tradere pignus fructuum ferax, protestari eum debuisse ajunt, nolle se ex pignoris sui fructibus quicquam sibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem ἀντιχρήσεως non efficere, ut legitimus usurarum modus excedatur. Rationem hanc esse, quia cum creditor usuras stipulatus non sit, sed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignerata beneficii loco percipere concessit, contentus esse debet, cum sibi nulla conventione prospexerit & totum hoc, quantumcunque percipit, ex debitoris humanitate percipiat. *l. cum debitor.* 8. *ff. in quib. caus. pign. tac.*

Sed non unus Interpretum hic error est. 1. quod crediderunt ἀντίχρησιν nihil aliud esse, quam contrarium usum, cum ea voce significetur contrarium mutuum: quippe χρῆσις Græcis non solum est usus, ἀπὸ τοῦ χρῆσθαι sed etiam mutuum, ἀπὸ τοῦ χρῆσαι quod est a χράω seu κίχρημι, commodo, do mutuo, utendum do, δανείζω, unde χρηστὴς creditor. Hinc ergo & ἀντίχρησις contrarium mutuum. Marcianus in *l. si pecuniam.* 33. *ff. de pign. act.* tropica locutione pro fundo ἀντιχρησθέντι accepit, uti & χρῆσις ipsum mutuum est, & res quæ mutuo datur. Idem Marcianus in *l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* ita scribit, *Si* ἀντίχρησις *facta sit*, &c. Hic sane antichresis non potest accipi pro mutuo usu. Quid enim esset mutuum usum facere? at mutuum facit, qui mutuum dat: ergo antichresin facit, qui dat e contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut pensionibus creditor compensationem usurarum percipiat. Cæterum improprie ἀντίχρησις dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum usus in abusu consistit, locum habet, quanquam Latini etiam verbo mutuari utuntur in aliis rebus atque etiam in his, quæ solo continentur, cum ad usum commodantur. Auctor Dialogi de Oratore: *Domum mutuatur, & auditorium extruit & subsellia conducit.* ut & commodare pro mutuo dare. Cicero *Verrin* 5. *Commodasti tritici modios sexaginta.* Caper vetustissimus Grammaticus, *Commoda*, χρῆσον.

2. Quod crediderunt in pura antichresi creditorem habere jus pignoris. Nam si jus pignoris creditor in antichresi sive contrario mutuo haberet, utique possessione ἀντιχρήσεως amissa, eam repetere posset actione hypothecaria. At in *l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* non hypothecaria, sed in factum actione isto casu agi solere scribit Jurisconsultus. Et hoc tantum ait, creditorem pignoris loco retinere possessionem, donec ei pecunia solvatur: quod & Cujacio suboluit *lib.* 3. *obs. c.* 35. *in fin.* quanquam putat tentari posse hypothecariam quoque creditori competere, nulla tamen nixus auctoritate, nisi Marciani in *l. si pecuniam.* 33. *ff. de pign. act.* ubi τροπικῶς Jurisconsultus ἀντίχρησιν appellat pignus ἀντιχρηστικὸν, sive fundum cum pacto ἀντιχρήσεως oppigneratum. Non obstat *l. Gajus Sejus.* 39. *ff. de pign. act.* nam in specie, quæ illic proponitur, pignus re vera non intervenit, nec ab initio vera antichresis fuit; sed postea pactum intercessit, ut creditor pignus suum, hoc est, fundum debitoris, in compensationem pecuniæ ad certum tempus possideret vice ἀντιχρήσεως. Pura vero antichresis non est pactum in pignore, cum nec ipsa pignus sit, sed contrarium mutuum. V. C. das mihi pecuniam mutuam sub conditione, ut accipias fundum in antichresin, cujus fructus percipias pro præstatione usurarum, quas a me legitimas stipulari potes. In hac χρήσει & ἀντιχρήσει nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem veræ puræque ἀντιχρήσεως nobis exhi-

hibet *l. si ea pactione.* 14. *C. de usur.* & *d. l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* At in *l. si ea lege.* 17. *C. de usur.* ut verba ipsa ostendunt, non agitur de pura ἀντιχρήσει, sed de pignore ἀντιχρηστικῷ sive cum pacto ἀντιχρήσεως.

3. Errant, quod putant esse aliquam tacitam antichresin. Nam nulla potest esse tacita antichresis, quæ quidem vera sit. Quemadmodum enim nulla χρῆσις est tacita ita nec ulla vera ἀντίχρησις, sed oportet conventione id actum esse. Si aliqua tacita est antichresis secundum Doctores ut creditor fructus ex re pignerata sine conventione expressa percipere & in usuras imputare queat, quoniam casu procedet illud, quod tot locis simpliciter traditum est, creditorem fructus ex re sibi pignerata perceptos in sortem imputare debere? *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *l. ult. C. de pign. act. l.* 1. *C. de distr. pign.* an eo solo, quo protestatus est debitor se nolle pignoris sui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valde absurdum ne dicam ineptum est. Neque enim ex pignoris conventione conventio tacita super usuris facta intelligi potest; quoniam pignoris finis est, ut creditori cautum sit de sorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut creditor lucretur fructus pro usuris, & ita circumveniatur miser debitor, & dum se gratuitam pecuniam putat accepisse, gravissimis usuris subjiciatur, id est, centesimis. Non adversatur *l.* 11. *C. de usur.* nam locus iste intelligendus est de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum sc. convenit, ut in vicem usurarum creditor fructus perciperet; & hoc tantum dicitur oblatione pecuniæ antichresin dissolvi, & pignus ἀντιχρηστικὸν mutari in simplex. Frustra autem putant Doctores nostri sententiam suam de tacita antichresi confirmari. *l.* 8. *ff. in quib. caus. pign. tac.* Thema hujus legis est; Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum. Etsi de usuris nihil convenit, potest tamen Titius, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, & Sejus debitor interpellatus moram solutioni faciat, de fructibus rei pigneratæ usuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quam sunt legitimæ usuræ, fructus percipere non potest, ut in vera antichresi, quia tale nihil convenit. Tantum id servare potest, quod ipsius interest pecunia sua alium se invito non uti. In antichresi non potest mutuum repetere creditor, quamdiu possessionem ἀντιχρήσεως retinet. Aliud vero est in gratuita pecunia, quæ ut plurimum arbitrio creditoris repeti solet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici potest. Nam de eo conventio expresse facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippe nisi ex pignore tradito non potuisset creditor retinere fructus nomine usurarum. Cæterum cum fructus prædiorum oppigneratorum nominatim pignori dari possint. *l.* 1. §. 2. *ff. de pign.* Et cum pro usuris pignora quoque accipi jus sit, *l. grege.* 13. §. *ult. ff. eod.* tacito velut pignore fructus rei pigneratæ potest creditor in compensationem usurarum retinere, etiamsi ex pacto non debeantur. Nec tamen potest ultra legitimas; quia vel hoc ipsum, *usque ad legitimas*, in usuris, quæ pactæ non sunt, si æquum visum est, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora usuræ debentur & peti possunt, ita in gratuitæ pecuniæ mutuo, si moram fecerit debitor usuras de quibus non convenit, creditor per retentionem servare potest ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cum usuræ exigi non possint in strictis judiciis nisi in stipulationem deductæ, possunt tamen per retentionem pignoris servari. *l.* 3. *l.* 4. *C. de usur.* non dissimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ posse usuras, de quibus præstandis nihil convenit, servari atque

ad

ad modum legitimum compensari, licet exigi non possint, velle videtur Paulus in *d. l.* 8. *ff. in quib. caus. pign. tac.* Illud dissimile est, quod in *d. l.* 4. *C. de usur.* saltem pacto de usuris convenerat: sed tunc usuræ per retentionem pignoris servari possunt etiam ubi mora non intervenit. Hotomannus *lib.* 4. *obs. c.* 4. contendit apud Paulum in *d. l.* 8 *ff. quib. in caus. pign. tac.* deesse negationem, & Jurisconsultum ita scripsisse; *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* quod & Salmasius magis probat, quasi Paulus, cum sic loquitur, rationem afferat cur de fructibus rei pigneratæ usuras retinere creditor possit, quia scilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & usuras pactas non solvebat. Quod si ponamus usuras non esse pactas, aut pactas a debitore solvi, procedere debere dispositionem *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* Nec obstare, quod supra aliquoties dictum est, antichresin liberam esse legibus, quæ certum modum usuris posuerunt, *l.* 14. *l. si. ea lege.* 17. *C. de usur.* Illud enim verum quidem esse in pura putaque antichresi, aut etiam in pignore ἀντιχρηστικῷ, cum hoc ab initio actum fuit, ut pro usuris pecuniæ creditæ fructus fundi in antichresin traditi cederent lucro creditoris, ut in *d. l.* 14 *&* *l.* 17. At hic quæstionem esse de usuris, quibus solvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compensationem usurarum percipiendis nihil dictum est. Cum igitur de fructibus fundi oppignerati citra pactum ἀντιχρήσεως, debitore non solvente, usuras retinere posse dicatur creditor, non posse eum excedere legitimas usuras, quæ solæ ipsi debentur. Quod superfuerit ex fructibus sorti imputandum esse. Ita Salmasius *lib. de mod. usurar. c.* 14 cui prope est, ut assentiar.

CAP. VIII.

An & quando evictioni sit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

EVINCERE est rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emptione. Nam cum emptor non solum rem emptori tradere teneatur, sed etiam emptori præstare, rem habere, tenere & usucapere licere. *l.* 11. §. 2. *l. servus.* 30. §. *ult. ff. de act. empt.* ideo si res evincatur, merito emptori evictionem præstat: quæ præstatio pars est obligationis empti & venditi. *l. in vendendo.* 66. *ff. de contr. empt. l.* 6. *C. de evict.* Cæterum & in aliis quoque contractibus evictio præstatur, ut in permutatione & in solutum datione. De permutatione est textus in *l. si permutationis.* 29. *C. de evict.* Ratio est, quia permutatio emptioni fere est similis. *l.* 1. *ff. de rer. permut.* Illa tamen differentia est, quod de re empta evicta datur actio ex empto. *d. l.* 6. *C. de evict.* at de re permutata evicta datur actio præscriptis verbis. *l.* 5. §. 1. *ff. de præsc. verb.* Datio quoque in solutum venditioni comparatur. *l.* 4 *C. de evict. l. eleganter.* 24. *pr. ff. de pign. act. l.* 4. §. *auctoris.* 31. *ff. de dol. mal. except.* & ideo placuit etiam in datione in solutum evictionem præstari. *d. l.* 4. *C. de evict.* atque ei, cui res in solutum data evincitur, utilem ex empto actionem de evictione dari. *d. l.* 24. *pr. ff. de pign. act. d. l.* 4. *C. de evict.* de quo tamen vide Cujacium *lib.* 19. *obs.* 38. Sed & in judicio familiæ erciscundæ, quoniam rerum hereditariarum inter coheredes divisio quasi quædam venditio est. *l.* 1. *C. comm. utriusq. judic.* æquum visum est eos inter se evictionis periculum præstare.

l. here-

heredes. 25. §. *item curare.* 21. *ff. fam. ercisc. l. si familiæ.* 14. *C. eod.* Et idem quoque obtinet in judicio communi dividundo. *d. l.* 1. *C. comm. utriusq. judic.* Excipiuntur tamen nonnulli casus, quos hic recensere præter institutum esset. *vid. l. cum pater.* 77. §. *evictis.* 8. *ff. de legat.* 2. *l.* 7. & *ibi Bart.* & *DD.* C. *comm. utriusq. jud. d. l.* 14. *C. famil. ercisc. l. si fundum.* 27. C. *de evict.*

Sed quid in hereditate vendita? Multum interest, utrum certæ quædam res hereditariæ veneant, an ipsa hereditas. Priore casu venditor tenetur ex empto ut eas res suo sumptu & periculo persequatur, & vacuam earum possessionem emptori tradat, *arg. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *pr. ff. de act. empt. arg. l.* 3. *junct. auth. nunc si. C. de litigios.* Item tenetur venditor, ut in singulis rebus hereditariis venditis præstet evictionem; quia quot sunt res, tot sunt evictiones aut evictionum causæ. *l.* 1. *C. de evict.* Posteriore autem casu, si hereditas veneat, non tenetur venditor ullam rem hereditariam emptori tradere, nisi quam habet in sua potestate. Et rursus non tenetur in singulis rebus hereditariis præstare auctoritatem seu evictionem. Ratio differentiæ est, quia hereditas nomen juris est, & qui hereditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hereditate continentur, sed jus successionis, quod est incorporale; atque hoc jus esse, id est, esse hereditatem, & se heredem esse, dolumque malum præstare tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, nisi ea, quæ ad ipsum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad se pervenirent. ita cape textum in *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de her. vel act. vend.* Cæteras autem res hereditarias, quæ ad heredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hereditatis tradere, sed liberatur præstando & cedendo emptori earum rerum persecutiones. *l.* 2. §. 3. *ff. eod. tit.* Emptor autem eas suo sumptu & periculo persequitur. *l.* 1. *C. de evict.* Et rursus si evincantur emptori, quæ traditæ illi sunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur, neque ab initio de evictione cavere sive repromittere cogitur. *d. l.* 1. *C. de evict.* ubi excipitur, nisi nominatim convenerit, ut evictio rerum singularum præstetur. Donellus post alios in *d. l.* 1. Ratio est quia si res, quæ evicta est, non fuerit hereditaria, nec veniit, non enim plus aut minus juris habet emptor, quam venditor. *l.* 2. *pr. ff. de hered. vel act. vend.* Si autem fuit hereditaria, & per injuriam judicis evicta est, non tenetur venditor, quia injuria, quæ condemnato facta est, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet. *l. si per imprudentiam.* 51. *pr. ff. de evict. l.* 15. *C. eod. l. exceptione.* 67. *ff. de fidejuss.*

Quod de hereditate vendita dictum est, id etiam obtinet, si quodlibet aliud jus veneat, non corpus, veluti si veneat peculium servi, quod est nomen juris, non corporis: item si veneat nomen debitoris, quod etiam juris est, ut syngrapha seu cautio. Etenim venditor duntaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid vel feratur ex peculio aut nomine seu actione vendita. *l.* 5. *ff. de evict. l.* 4. *ff. de hered. vend.* Et est textus optimus in *l. si plus.* 74. §. *ult. de evict.* Unde nec beneficium *l.* 2. *C. de resc. vend.* locum habere in hereditate vel actione vendita recte statuunt juris interpretes. Una hic exceptio est, nisi nominatim convenerit, quid quantumve in hereditate vel actione vendita contineatur, atque ut id se præstiturum, ut obtineri possit, emptori venditor promiserit. *l.* 1. *C. de evict. l. nisi.* 15. *ff. de hered. vend. l.* 5. *l. si plus.* 74. *pr. ff. de evict.* Quod si hereditatem vel actionem sibi non competentem vendidit, nullum dubium est, quin hoc casu evictionem præstare debeat, per jura allegata.

Quid vero in donatione? Donatio emptioni plane dissimilis est, cum sit ex causa lucrativa. Itaque si quis rem alienam donavit, eaque donatario evicta est, non tenetur donator de evictione, etiamsi id pacto comprehensum sit, sed opus est stipulatione. *l. 2. C. de evict.* quoniam odiosum est, donatorem ex sua liberalitate hanc molestiam pati. quanquam discrimen illud stipulationis & pacti moribus sublatum est. Etsi autem donator de evictione citra stipulationem non tenetur: tamen si sciens rem alienam donavit nescienti, tenetur actione de dolo ad id quod interest, si donatarius sumptus fecerit in rem donatam. *l. Aristo. 18. §. ult. ff. de donat. l. ad res. 62. ff. de ædil. edict.* bene Donellus ad *l. 2. C. de evict.*

Eadem ratione, quia legatum species quædam donationis est, heres rei certæ legatæ, puta Stichi, evictionem non præstat *l. cum pater. 77. §. evictis. 8. ff. de leg. 2. l. si a substituto. 45. §. 1. & 2. ff. de leg. 1.* nisi testator sciens rem alienam esse, eam legaverit ab herede: quia ex conjectura voluntatis præsumitur testator heredem onerare voluisse periculo evictionis. per *l. Sticho. 36. in fin. ff. de usufr. leg.* Quod si generaliter res legata sit, puta servus, hic placet etiam heredem evictionem præstare. *l. heres. 58. de evict. l. si domus. 71. §. 1. ff. de legat. 1.* Quod autem supra dixi, donatorem non præstare evictionem, quoties stipulatio de evictione non intercessit, id simpliciter procedit & verum est, sive a traditione, sive a promissione donatio inceperit. Nam si donator ultro sine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur. Ergo nec tunc tenebitur, cum ex pacto tradidit. Dedit quidem Justinianus ex hoc pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evicta præstaretur evictio. *l. 35. C. de donat. Donell. ad l. 2. C. de evict.* diss. *Caballin. de evict. §. 3. n. 3.*

CAP. IX.

An & quomodo fœnus differat ab usura?

VETERES usuram pro usu dixisse certum est, qua in significatione passim ea voce utitur Cicero, ne quis putet nimis Cascam. *lib. 1. Tusculan. Natura*, inquit, *dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ nulla præstituta die.* Idem pro *Rabir. & Verrin. 7. usuram lucis. lib. 3. epist.* ad Appium Pulchrum, *usuram temporis* dixit, pro usu. Plauto uxor usuraria, cujus usuram, id est, usum corporis ad tempus aliquis cepit. Idem in *Trinummo*: *Nec adeo hasce emi mihi, nec usuræ meæ.* id est, ad usum meum. Et hac significatione creditor ipse usuram dat, nullumque mutuum est sine usura, id est, sine usu. Usura vero, quam debitor pro usu pecuniæ solvit, longe aliam notionem habet. Vectura vocatur merces, quæ pro vectione datur, ναῦλον latura, quod pro onere ferendo accipiebat bajulus, Φόρετρον. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & usura est merces, quæ pro usu pecuniæ datur. Et observare licet veteres auctores, usuram de usu in numero singulari potius usurpasse; usuras vero dicere maluisse numero plurativo, quæ ob usum fœnebris pecuniæ debentur, qui τόκοι. Græcis. Cicero *Verrin. 4. Quis enim hoc fecit unquam, ut cum Senatus publicanos usura sæpe juvisset, magistratus a publicanis pecuniam pro usuris audeat auferre?* Qui pecuniæ usura aliquem juvat, is est, qui pecuniam illi dat utendam. Usuras pro pecunia aufert, qui exigit mercedem pro usu pecuniæ.

Usura

Usura igitur proprie loquentibus est χρῆσις, usuræ τόκοι. Hinc usuræ trientes, quincunces, semisses, &c. Centesimas singulas dixit Cicero in epistolis ad Atticum, & binas centesimas 5. Verrin. Ita bene & erudite D. Salmasius *lib. d. usur. c.* 4. Cæterum usuræ aut usurarum appellatione non tantum significatur ea quantitas, quæ pro usu fœnebris pecuniæ solvitur, verum etiam ea, quæ ex alia causa, quam mutui, ex conventione aut mora debetur. Itaque sic recte definietur usura, pecunia, quæ pro usu sortis, aut alias ultra sortem præstanda est. Sors hic significat quantitatem principaliter debitam, usuræ sunt accessio sortis, & ideo sublata obligatione sortis & ipsæ deberi desinunt. *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de usur. l. acceptam.* 19. *C. eod. l.* 4. *C. de compens.*

Fœnus a fœtu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quasi fœtura quædam pecuniæ, ut Græci τόκον ἀπὸ τοῦ τίκτειν dicunt. Doctissimus Salmasius loco supra citato dictum putat a Græco ποῖνος, quod idem valet, quod ποινὴ, quod probabilius est. Nam ποινὴ non tantum pœnam, sed etiam mercedem, pretium significat, sicut τιμὴ & pretium pro pœna ponitur. Terentius in Andria, *ego pretium ob stultitiam fero*, id est, pœnam. Perfidiæ pretium, id est, ultio apud Ovidium. Nec verum est, quod fœnus sit fœtus pecuniæ, aut idem, quod Græcis τόκος, ut mox clare demonstrabitur. Crediderunt interpretes, atque inter eos etiam oculatissimi, quique, usuram esse nomen generis, fœnus speciei, & omne quidem fœnus esse usuram, at non contra omnem usuram esse fœnus. Fœnus ajunt significare eam usuram, quæ accipitur pro mutuo: unde passim fœneratores appellantur, qui pecuniam dant mutuam sub usuris. Quamvis enim in specie fœnus hoc appelletur, tamen usuram quoque appellari, quasi hic fœneris & usuræ appellatio confundatur. *arg. l.* 6. *pr. & l.* 7. *ff. de naut. fœn.* ubi Paulus usuras maritimas appellat fœnus nauticum, arg. rubricæ, quæ est de fœnore nautico. Eas autem usuras, quæ ex mora aut re ipsa debentur, nunquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt aut petunt, fœneratores dici. Sed insignis hic interpretum error est, quem detexit Salmasius *d. loc.* Etenim fœnus non simpliciter significat usuram pecuniæ creditæ, sed pecuniam creditam sub usuris, æs alienum sub usura contractum δάνειον ἔντοκον. Usura est merces fœneris. Tacitus *de morib. German. Fœnus agitare & in usuras extendere ignotum, ideoque magis aversantur, quam si vetitum esset.* Idem *lib.* 6. *Annal. ut debitores duas partes fœneris solverent dixit*, pro quo Suetonius in eadem re narranda, *æris alieni duas partes.* Titulus ff. qui tractat de trajectitia pecunia, inscriptus est *de nautico fœnore*, non *de nautica usura*, & apud Græcos περὶ ναυτικοῦ δανείου non περὶ ναυτικοῦ τόκου. Quare? quia in communi mutuo usuræ successive currunt, & pro rata temporis solvuntur seorsim ab ipsa sorte, cum in trajectitia pecunia de sorte simul solvenda cum usuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus simul solvebatur & semel, hoc est, sors ipsa cum usuris. Utique in *l.* 3. *C. de naut. fœnor.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non potest accipi pro usura nautica. Id enim dedit creditor, qui usuram dedisse dici non potest: & quod initio appellatur fœnus nauticum, postea dicitur pecunia fœnebris. Igitur nauticum fœnus est pecunia fœnerata sub usuris nauticis. Frivola autem illa collectio est, sub titulo de fœnore nautico fit mentio usurarum maritimarum, ergo usuræ maritimæ sunt idem quod fœnus nauticum. Quare enim sub eo titulo non possit fieri mentio earum usurarum, quas fœnus nauticum parit? Res est clara, si fœnerari est δανείζειν fœnus est τὸ δάνειον & quidem ἔντοκον nam gratuitum

eſt ἄτοκον. Unde apparet verum eſſe, quod modo dicebamus, fœtus non eſſe fœturam pecuniæ, ſed uſuras eſſe fœtus & partus fœneris, τοὺς τόκους δανείου. Ac neque in hiſce locutionibus, *fœnere dare*, *fœnere pecuniam occupare*, fœnus pro uſura accipitur, ſed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam uſuræ dare aut uſuris eam occupare: non enim eſt occupata uſuris, ſed credito, ut uſuras pariat. recte autem dicimus, credere pecuniam ſub uſuris, δανείζειν ἐπὶ τόκῳ. Sic ſumere pecuniam fœnere dicimus, δανείζεσθαι παρά τινος, non ſumere uſura. Sic locare pecuniam fœnere dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id eſt, uſuram recipiat. Uſura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnere pecuniam habet, aut nummos in fœnere poſitos, qui eos habet in rebus creditis: neque enim in uſuris tantum habere pecuniam exiſtimandus eſt, ſed etiam in ſorte ipſa. Valerius Maximus *lib. memorab.* 8. de Conſidio quodam: *Cum centies atque quinquagies ſeſtertii ſummam in fœnere haberet, neque de ſorte quenquam debitorum ſuorum, neque de uſura a ſuis appellari paſſus eſt.* Ergo fœnus & ſortem & uſuras comprehendit. Veteres dicunt, uſuræ trientes, fœnus trientarium. Uſuræ trientes ſunt, quæ trientem centeſimarum dant: Fœnus trientarium, quod uſuras trientes reddit. Sic fœnus unciarium, quod uſuras uncias exigit. Tacitus *lib.* 5. *annal. Duodecim tabulis ſanctum, nequis unciario fœnere amplius exerceret.* Denique fœnus exercere dicimus; uſuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura ſi quis deſideret, adeat Salmaſium *lib. de uſur. c.* 2. plane non negamus interdum fœnus pro uſura poni; ſed cum id fit, tropica eſt locutio; quia nunquam fœnus eſt ſine uſura.

CAP. X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejuſſori?

OMNES debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu ſine culpa eorum & ante moram ab iis commiſſam contingente ſæpe reſponſum eſt *l.* 5. *ff. de reb. cred. l. ſi ex legati.* 23. *ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de ſolut.* Ex contrario veterum regula eſt, moram perpetuare obligationem, licet caſu fortuito res extincta ſit: quod hanc habet ſententiam; ſi res debita poſtea perierit, quam per debitorem ſtetiſſet, quo minus eam daret, ipſius id detrimentum eſſe, perindeque eum perpetuo teneri, ac ſi res adhuc extaret. *d. l. nemo.* 23. *l.* 82. §. 1. *l. ſi ſervum.* 91. §. 3. *& ſeqq. ff. de verb. obl.* ubi circa finem quatuor effectus hujus perpetuationis recenſentur. 1. quod adhuc res ipſa peti poſſit. 2. quod accepta ferri. 3. quod adhuc fidejuſſor ejus obligationis poſſit accipi. 4. quod poſſit novari, id eſt, in aliam obligationem transferri. Fidejuſſoribus quoque perpetuari obligationem in *d. l.* 91. §. 4. *in fin.* reſponſum eſt, & alibi ab eodem Jureconſulto, cum reus moram facit, & fidejuſſorem teneri. *l. ſi quis ſolutioni.* 24. §. 1. *ff. de uſur.* Sed quid verbis illis intelligit Juriſconſultus? an quemadmodum ex mora ipſius rei obligatio ſic augetur, ut uſuras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat, ita quoque augeatur obligatio fidejuſſoris propter moram rei, ut & ille quoque ad uſuras jam teneatur? Nequaquam. Sed hæc Juriſconſulti ſententia eſt, ſicut mora principalis debitoris efficit, ut licet res caſu debita perierit, dummodo poſt moram, obligatio in perſona

ſona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei debitæ & peremptæ æſtimationem debeat, ita cum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in perſona fidejuſſoris. *l. ſi a colono.* 58. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* & hactenus quoque moram rei nocere fidejuſſori, *l. mora rei.* 88. *ff. de verb. obl.* quod & in cæteris acceſſionibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus eſt ex contractu filii. *l. cum filiusf.* 49. *pr. d. l. ſi ſervum.* 91. §. 4. *&* 5. *ff. de verb. obl.* Quod ſi quis hujus juris rationem quærat, cur ſcilicet poſt moram debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in perſona fidejuſſoris, inveniet illam apud Paulum in *d. l.* 91. §. 4. hanc nempe, quia in totam cauſam ſpopondit, id eſt, in ea omnia, quæ principaliter in obligationem deducta ſunt. Atque hoc quidem, quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejuſſoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an ſicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis uſurarum quoque nomine tenetur. *l. mora.* 32. §. 2. *ff. de uſur.* ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejuſſor? Sed hoc omnino negandum eſt, propter rationes ſubjectas. 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejuſſoris, ut diſerte reſponſum eſt in *l. centum Capuæ.* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuſſ.* Atque ſi fidejuſſor ex mora rei uſuras præſtare teneretur utique fidejuſſoris obligatio propter moram rei augeretur contra d. textum. 2. Si mora rei obligaret fidejuſſorem ad uſuras, teneretur fidejuſſor etiam ad uſuras præſtandas, quamvis ad eas ſe non obligaviſſet. Atqui non tenetur fidejuſſor ad uſuras, niſi ad eas quoque ſe obligaverit. *l. ſi mandator.* 8. *C. quod cum eo qui in al. poteſt.* ibi. *Si te his omnibus obligaſti.* Igitur ex contraria, ſi te his omnibus non obligaſti, non teneris. 3. arg. *l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* ubi negat Juriſconſultus fidejuſſores, qui in ſortem ſe obligaverant, in uſuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri non poteſt, qui omnino pro alio ſe non obligavit; *l. nec intentio.* 23. *C. de tranſact. l. pen. C. ne ux. pro mar. l.* 1. *C. ne fil. pro patr.* ita nec is, qui pro alio ſe obligavit, ultra quam in quantum ſe obligavit, conveniri poteſt: quia hactenus verum eſt, eum obligatum non eſſe: ſiquidem partis eadem ratio eſt, quæ totius. *l. quæ de tota.* 76. *ff. de rei vind.* Ex his efficitur, fidejuſſorem in uſuras non teneri ex mora rei, niſi in eas quoque ſe obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejuſſor cenſeatur etiam ad uſuras ſe obligaſſe? Et quidem ſi ad certam ſummam duntaxat ſe obligavit, in uſuras ſe obligaſſe non videtur. *l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* Quid igitur? Tunc in uſuras quoque tenetur fidejuſſor, cum vel expreſſe in has quoque ſe obligavit, vel ſe obligavit in omnem cauſam. *l. quæro.* 54. *pr. ff. locat. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend. l.* 2. §. *pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.* In omnem autem cauſam ſe obligaſſe intelligitur, qui hoc modo fidejuſſit, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua eſſe jubes?* vel ita, *indemnem me præſtabis? d. l. quæro.* Quanquam non ſemper ad hoc, ut fidejuſſor in totam cauſam obligatus intelligatur, neceſſe eſt, ut hujuſcemodi verba diſerte exprimantur, de quo plura paulo poſt. Quod ſi ſtipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem cauſam, ſed in præſentem duntaxat obligationem ſpopondiſſe fidejuſſor intelligitur. At ſi addat creditor, *oportebitve*, in omnem cauſam fidejuſſio facta cenſetur. *l. ſi ſtipulatus.* 76. §. 1. *l. ſi a colono.* 89. *ff. de verb. oblig.* Igitur cum moræ duplex ſit effectus, unus ut bonæ fidei contractibus uſuræ & fructus præſtentur: alter in omnibus tam ſtricti juris, quam bonæ fidei judiciis, ſpecies debita poſt moram perempta adhuc debeatur; prior moræ effectus fidejuſſori, niſi in o-

mnem causam fidejusserit, non nocet, posterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot qui huic sententiæ obstare videntur. Ex his unus est ille Pauli in *l. si servum. 91. §. nunc videamus. 4. in fin. ff. de verb. oblig.* ubi Jurisconsultus agens de fidejussore in rem certam accepto, ait eum in totam causam spopondisse. Respondeo, vocabulum causæ non uno modo semper accipitur: sed aliquando refertur ad rem ipsam, quæ in obligationem deducta est, & condemnationem, quæ circa ipsam versatur, ut in *d. l. si servum* §. 4. Aliquando significat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur, ut in *d. l. quæro. ff. locat. l. præterea. 20. ff. de rei vind. l. videndum. 38. §. si actionem. 7 ff. de usur.* Itaque pro re subjecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. si servum.* §. 4. non quæritur de usuris aut accessionibus rei in obligationem deductæ; sed de re ipsa & condemnatione, re post moram perempta, facienda, nempe an interitu rei, qui post moram accidit dibitoris, liberetur fidejussor, nec ne, ut apparet ex ipso textu & §. præcedente. Adde quod de usuris queri non potest, nisi pecunia debeatur, nec de rei interitu, nisi certa debeatur species; cum nec quantitas debita perire possit. *l. incendium.* 11. *C. si cert. pet.* nec usurarum quæstio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem fere responsio est ad *l. si quis.* 56. §. 2. *ff. de fidejuss.* ibi, *in omnem enim causam acceptus videtur.* Ecce enim non dicit Jurisconsultus, fidejussorem in omnem causam obligatum esse simpliciter, sed addit, quæ ex numeratione nasci potest. Unde apparet hoc referendum esse ad principalem obligationem, non ad accessiones ejus, ut hic sit sensus, fidejussorem se obligasse videri in casum tam consumtorum nummorum, quam extantium, id est, & acceptionis, si pecunia fuerit dantis, & comsumptionis, si aliena. Magis adversari videtur *l. amissi.* 52. §. 2. *ff. de fidejuss.* ubi Papinianus ait, fidejussores a colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri, id est, ob æstimationem instrumentorum, quæ prædiis sic attribuuntur, ut dos nuptiis. *l. 2. §. ult. l. Sejæ.* 20. §. 1. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Respondeo, Papinianum non loqui de fidejussore, qui in certam summam pro mercede locationis a colono præstandam intervenit, sed de eo, qui a colono datus est in causam conductionis, vel in conductionem simpliciter: qui perinde tenetur, acsi promisisset locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, & consequenter in usuras quoque & alias accessiones se obligasse, necesse est in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut similia exprimere; *Indemnem me præstabis?* aut *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, &c. sed sufficit simpliciter, verbi gratia, in causam conducti aut empti fidem suam adstrinxisse citra mentionem certæ quantitatis. *arg. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* nec mutat, *in causam* dicat, indefinite, an *in causam omnem* sive *universam*; cum propositio indefinita secundum regulas logicorum æquipolleat universali. Non obstat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, si tutor moram fecit, etiam fidejussores ejus nomine usurarum medii temporis teneri. *l. si postea. 10. ff. rem pub. salv. for. l. 3. ff. de fidejuss. tut.* Nam stipulatio rem pupilli salvam fore in omnem causam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quod in tutelæ judicium venit. *l. cum pupillus. 9. l. cum rem. 11. ff. rem pup. salv. for.* Non nihil autem negotii facit species *l. pen. ff. ut leg. nom. cav.* ubi cum legatarii ab uno e duobus heredibus, cum ab utroque legatum esset, satis legatorum nomine accepissent, & postea deficiente coherede

portio

portio ejus accrevisset promissori, ait Jurisconsultus in totum fidejussores teneri, sicut & is solidum debere cœpit, & sic aucta ex pacto obligatione promissoris principalis augetur & accessoria fidejussorum. Respondeo, quod jure accrescendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex causa aliqua postea emergente, sed vi principalis obligationis: quia ea est conditio coheredum, ut qui ex iis hereditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte testatus pro parte intestatus decedat. *l. unic. §. his ita. C. de caduc. toll.* qua de causa & fidejussores eo casu obligantur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam causam. Unus adhuc scrupulus evellendus est, quem nobis injicit Ulpianus in *l. 1. §. bellissime. 13. ff. ut leg. nom. cav.* ait bellissime quæri, an stipulatio seu satisdatio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel usuris sentiat: & respondet recte placuisse ex mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit, comprehendat. Sed animadvertendum est, hanc stipulationem esse prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere secundum *l. in conventionalibus. 52. pr. ff. de verb. oblig.* & hoc significat Ulpianus his verbis, *ut id quod oportebit, comprehendat*, nempe etiamsi verbum futuri temporis *oportebit* expressum non sit, sed præsentis duntaxat *oportet*, licet secus sit in stipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non subintelligitur, sed exprimi debet, ut omnis causa comprehendatur. *l. si stipulatus. 76. §. 1. l. si a colono. 89. ff. de verb. oblig. D. Bachovius ad Treutl. vol. 1. disp. 23. thes. 5. litt. D. & E.* respondet stipulationem legatorum cautionalem esse & induere naturam obligationis ex testamento, quæ ratione fructuum & usurarum bonæ fidei contractus naturam imitetur. *d. l. usuræ. 34. ff. de usur.* Sed melior est prior responsio; quia posteriori perspicue obstat *d. l. si a colono.* Est autem nostra de tota hac quæstione sententia communi DD. consensu probata in *l. centum Capuæ. 8. ff. de eo quod cert. loc. & l. fidejussores. 68. §. 1. ff. de fidejuss.* quanquam singula non tam plane & dilucide ab aliis explicantur. Aliter ad pleraque respondet Bronchorstius *cent. 4. assert. 54.* rectene an secus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum nævos lubenter prætereo, & extra quam si res, de qua agitur, id flagitet, moris mei non est aliena carpere.

CAP. XI.

An solæ quæstiones facti sint objectum probationis?

IN probatione consistit potissimum momentum ad obtinendum jus nostrum, quippe quasi quis destituatur, audiet illud Pauli in *l. duo sunt Titii. 30. ff. de test. tut.* non jus, sed probatio deficit. Inanis enim est actio nisi indubitatæ probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum esse, quod in judicium deducitur. Omnis autem probatio nostra aut tabulis constat, aut testibus. *c. foris. ext. de verb. sign.* sed ea aut directa est, cum scilicet id, quod probare volumus, ipsis testimoniis aut instrumentis continetur; aut obliqua cum id quod intendimus, ex tabulis aut testimoniis argumentando colligimus: quarum illa ἄτεχνος, hæc ἔντεχνος dici potest. Atque ex hoc vel solo intelligi potest, quid ad quæstionem propositam respondendum sit, nimirum non juris, sed facti quæstiones esse objectum sive materiam, circa quam versetur probatio; siquidem jus probari instrumentis aut testibus non potest, sed sola facta. Imo juris

ris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum est. *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* certa autem & notoria non probari debent, sed allegari sufficit. *C. evidenter. ext. de accus. Mynsing. 6. obs. 3.* Plane non negamus dubiam interdum esse legum sententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, sed hoc ipsis incumbit judicibus: quippe quorum officium est, ut ubi de facto constat, ipsi etiam non admoniti de jure dispiciant. *pr. Inst. de offic. jud.* Sed & pedanei judices de facto tantum, non de jure cognoscebant. Quod si de jure incidisset dubitatio, prætorem aut præsides, a quibus dati erant, consulere, non litigantium allegata sequi debebant. *l. eum quem. 79. §. 1. ff. de judic.* Totum quidem illud in judicis potestate est, ut statuat, utrum satis sibi probatum sit id, de quo quæritur an non. *l. 3. §. 2. ff. de testib.* at hoc non ad juris, sed ad facti quæstionem duntaxat pertinet: solæ enim facti quæstiones in potestate sunt judicis, non juris. *l. 1. §. 4. in fin. ad SC. Turpill. l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad municipal.* Imo usque adeo non tenentur litigatores judici probare, quid juris sit, ut contra judex, si quid a litigatoribus eorumve advocatis minus fuerit dictum, id supplere & proferre debeat, quod sciat legibus & juri publico convenire. *l. un. C. ut quæ des. adv. jud. suppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris sunt, non ad ea, quæ sunt facti, ut & in ipso textu aperte dicitur. Hinc illud, quod in Curiis Galliæ celebratum refert Mynsingerus, *venite ad factum, Curia novit jus.* Non obstat locus Pauli in *l. 5. pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte, quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipso, sed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere, quod jure communi omnibus concessum est; veluti si quis dicat aliquem jure prohibitum esse advocatione, probare debet eum prætulisse illicita compendia suæ existimationi, non autem qui talia faciunt, advocatione prohiberi, quod juris est. *l. 5. C. de postul.* Similiter, accusor a Titio facinoris alicujus, ajo eum prohibitum esse accusare, propter causam aliquam, de quibus in *l. 8. ff. de accusat.* Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum est & notum sed factum ipsum. Puta turpem quæstum, infamiam, &c. adversarii. Omnes possunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiusfam. Senatusconsulto Macedoniano. Itaque si quis a creditore conventus dicat se non potuisse mutuum accipere propter Senatusconsultum Macedonianum, is non debet probare Senatusconsulto cautum esse, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedit, actio petitiove detur, sed se esse filiumfam. Ipse autem judex statuat, quid juris ei tanquam filiofam. ex Senatusconsulto competat. In summa cum de jure patris controversia est, in quæstionem facti res incidit. Fatemur equidem jus aliquando inter advocatos esse controversum, dum ille hoc, alter istud ait esse juris certi: sed quid sit certi & explorati juris, judex non ex probatione advocatorum, sed ex tabulis publicis & corpore juris discere debet. *pr. Inst. de offic. jud. l. un. C. ut quæ des. adv. part.* in quam rem & Aristoteles 1. *Rh.* 1. *ἢ δίκαιον, inquit, ἢ ἄδικον, αὐτὸν δήπου δικαστὴν δεῖ γινώσκειν, καὶ οὐ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων.* Quod si quæratur de communi DD. opinione, quam plerumque judices in judicando sequuntur, hic etiam facti quæstionis speciem res induit, haud secus quam consuetudo facti esse dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in statu juridiciali probatione utuntur: sed palam est eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. At nos probationem accipimus, quasi ad statum conjecturalem

lem duntaxat pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus cum quæritur, quid probari debeat, an omne id, de quo disputatur, sive facti sit quæstio, sive juris, is cui incumbit probatio, judici probare teneatur, & nisi probet, sententia contra eum sit ferenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris; probatoque facto ipsum judicem dispicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum est. *pr. Inst. de offic. jud.* Quod si probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus, quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur, id est, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in statu juridiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse, aut secus? Cæterum ad victoriam causæ id necessarium non est, cum ipse judex, ubi de facto constat, etiam non admonitus de jure dispicere debeat, ut jam aliquoties dictum est. Enimvero hæc ita obtinent & vera sunt, cum de jure scripto quæritur. Aliud autem dicendum est, cum agitur de jure non scripto sive consuetudine. Nam qui consuetudinem allegat, eam probare solet, aut rebus judicatis secundum *l. cum de consuetudine.* 34. *ff. de legib.* aut per turbam sive testes conglobatos, ut hodie fit in Curiis, de quo pulchre *Ant. Faber Cod. suo forens. de testib. defin.* 3. *&* 14. Nempe cum consuetudo sensim tacito utentium consensu introducatur, necesse est consensus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet. Plane si certa sit consuetudo & notoria, juxta eam judicandum est, quamvis ne allegetur quidem. *Gail.* 2. *obs.* 31. *Mynsing.* 6. *obs.* 41. *& seq. Diod. Tulden. in C. quæ sit long. consuet. Wesemb. par. ff. de probat. n.* 7.

CAP. XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?

QUOD passim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum etsi nihil ipse præstet, absolvi. *l. quotiens.* 18. *l. verius.* 21. *l. ante omnia. ff. de probat. l.* 8. *l. actor.* 23. *C. eod. l.* 4. *C. de edend. l.* 9. *C. de oblig. & act.* id quidem verum est, quando reus id quod actor asseverat, simpliciter inficiatur, & ita capiendi sunt isti textus. Cæterum cum reus ad defensionem suam depulsione aut exceptione utitur, ejus quod dicit, probatio ipsi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur, veluti si reus dicat se solvisse, sibi accepto latum esse, dolo malo se inductum, pactum esse, ne actor peteret, &c. *l.* 1. *C. de probat. l. quotiens.* 18. §. 1. *& l. seq. pr. ff. eod. l.* 1. *ff. de except.* In summa is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, sive actor sit, sive reus, *l.* 2. *ff. de probat.* Et ratio est, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla est probatio. *l. actor.* 23. *C. eod. tit. l. asseveratio.* 10. *C. de non num. pecun.* Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam male putant: sed quo minus probari possit, obstat rerum natura, id est, vis ac potestas rebus a naturæ auctore, id est, a Deo indita, quæ est immutabilis. Finge viginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari pecuniam: non tamen hoc probatum est: potest enim nihilominus verum esse me pecuniam accepisse. Hinc vulgo Doctores ajunt, pluris esse unum testem affirmantem, quam viginti negantes. Atque idem dicendum est de instrumen-

ſtrumentis, quæ nihil exhibent niſi puram negationem ſuper eo negotio, de quo lis eſt. Cæterum hæc ita ſe habent in mera & ſimplici facti non limitati negatione. Quod ſi factum, quod negatur, ſit loco & tempore circumſcriptum, aliud eſt, & talis negatio probari poterit: veluti ſi negem Lugduni mihi numeratum eſſe Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco circumſcripta eſt: & implebitur ejus probatio, ſi probem me eo die Lutetiæ fuiſſe. *l. optimam.* 14. *C. de contr. & commit. ſtipulat.* §. *item verborum.* 11. *Inſt. de inut. ſtip.* & utrobique *Gloſſ. & DD.* nec diſſimilis eſt ſpecies *l.* 2. *C. de err. adv.* ubi negatio reſtricta eſt ad certam ſcripturam, unde error libellionis probari poteſt. Et tamen ne hic quidem, ſi rem bene expendamus, negationem probo, quatenus nego, ſed quia prius aliquid pono & affirmo, ex quo id quod nego per conſequentiam neceſſariam efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum eſt, factum negantis, quatenus ſolum negat, naturali ratione nullam eſſe probationem. Quod ſi prius aliquid affirmet & probet, unde id quod negat, per conſequentiam recte colligatur, jam non probat, quatenus negat, ſed quatenus affirmat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, caſu contingit, ſed & pluribus aliis. Finge heredem negare, quod legatarius affirmat, bona defuncti ſufficere ad legata integra ſalva Falcidia exolvenda, in hac quæſtione diſerte reſponſum eſt heredi probationem incumbere. *l. cum de lege.* 17. *ff. de probat.* At quomodo hæres hic probabit, quod negat? Non poteſt directo: ſed poteſt per conſequentiam oſtenſa prius quantitate legatorum & patrimonii defuncti. Poteſt autem heres ex libris rationum facile docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, ſi negem aliquem heredem aut dominum eſſe, potero id probare, ſed ita demum, ſi oſtendam hereditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotieſcunque negationis dari poteſt concludens ratio, tunc ea implicite, ut loquuntur, continet affirmationem, atque ut planius loquar, vi & effectu affirmatio quædam eſt, non pura & puta facti negatio. Ut ecce, ſi filius neget ſe in poteſtate patris eſſe, vi ipſa affirmat, ſe eſſe ſui juris, & hoc probare poteſt, nempe ſi doceat ſe a proavo, aut avo paterno eſſe emancipatum, quæ probatio propterea etiam a filio exigitur. *l. ſi filius.* 8. *ff. de probat.* Huc item referenda negatio, quam interpretes appellant negativam juris, & qualitatis: exempli gratia, ſi negem Titium teſtamentum facere potuiſſe, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & poſſum, ſi oſtendam eſſe filiumfam. Si negem poſſe eſſe procuratorem, id probabo, ſi militem eſſe oſtendero. Si negem teſtatorem mentis compotem fuiſſe, quæ Doctoribus qualitatis negatio eſt, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio ſi doceam furioſum fuiſſe. *l.* 5. *C. de codicill.* Item ſi negem emancipationem rite factam eſſe, id probare debeo. *l.* 5. §. 1. *ff. de probationibus.* Si ſimpliciter negarem factam eſſe, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne poſſet quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit. Sed cum nego, emancipationem recte factam eſſe, hæc eſt negativa qualitatis, eamque probare poſſum & debeo, quia pro actu legitimo & coram magiſtratu celebrato præſumptio eſt omnia debito modo peracta eſſe. *arg. l.* 4. *C. de jur. & fact. ign. l.* 2. *C. ſi adv. rem jud.* Huc etiam pertinet ſpecies *l. non nudis.* 14. *C. de probat.* nam qui negat Titium eſſe filium ſuum, id probare poteſt oſtendendo eſſe alienum. Hæ autem negationes, non ſunt negationes juris conſtituti, quod probatione non indigere ſuperiore quæſtione oſtendimus; ſed negationes ejus juris, aut qualitatis,

litatis, quod vel quam pars adversa sibi competere asserit: ac proinde negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideo hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur. *l. 5. pr. ff. de probat.* quod est facti, & qui id negat, factum negat, & res in quæstionem facti incidit, ut superiore quoque capite demonstratum est. Deinde nec re ipsa sunt negationes, sed affirmationes. Qui negat emancipationem rite factam esse, vi ipsa ait emancipationem esse vitiosam, & jure prohibitam. Qui negat te idoneum esse procuratorem, affirmat te jure prohiberi procuratorem esse. Qui negat testatorem sanæ mentis fuisse, asseverat eum dementem fuisse aut furiosum. Et ideo qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, sed quia re affirmat. Et in universum hoc tenendum est, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, sed ex intentione actoris æstimandam esse; ut si neget reus, quod actor intendit, vere negare dicatur, etiamsi utatur verbis affirmativis, veluti si actor intendat se dominum esse, possessor contra se dominum esse dicat, cujusmodi species proponitur §. 1. *Inst. de action.* his verbis possessor affirmat se dominum esse, re negat actorem esse dominum, quia ejusdem rei duo in solidum domini esse non possunt. Quod si reus non simpliciter neget intentionem actoris, sed adversus ejus intentionem prius aliquid afferat ad sui defensionem; quamvis utatur verbis negativis, affirmare intelligitur, ut in supra scriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonstrari potest exemplo actionis confessoriæ & negatoriæ. Intendit aliquis se habere jus altius tollendi invito vicino, utitur actione negatoria, etsi oratio affirmativa est; quia re ipsa negat se servitutem vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quo minus ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est. *l.* 4. §. *competit autem.* 7. *ff. si serv. vind. DD. comm. ad* §. 2. *Inst. de action. Donell. in l.* 23. *C. de probat. Duar. c.* 12. *prior. comment. ad tit. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex fusis & intricatis aliorum de probatione negativæ disputationibus.

CAP. XIII.

An quo jure licitum sit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere?

NON solum propter cognationem seu sanguinis conjunctionem a quarundam nuptiis abstinendum est, sed etiam affinitatis, quæ est cognationis quoddam simulacrum, ea vis est, ut quosvis affines quibusvis matrimonio jungi naturæ honestas non patiatur. Et omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco sunt, ut socer & nurus; vitricus & privigna, & porro cæteri in recta sive perpendiculari affinium linea. §. 6. & 7. *Inst. de nupt. l. adoptivus.* 14. §. *ult. ff. eod. l. nemini.* 17. *C. eod. Levit. c.* 18. *vers.* 8. 15. & 17. Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem esse evincit locus Apostoli 1. *ad Corinth.* 5. ubi tale stuprum (τοιαύτην πορνείαν) ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Transversa autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuisse. Idque variis exemplis doceri potest. Apud

Marcum Tullium *lib. 1. de divinat.* & Valerium Maximum *lib. 1. c. 5.* legimus Metellum mortua uxore Cæcilia filiam ſororis Cæciliæ in matrimonium duxiſſe: quod tamen neuter eorum, ut novum aut illicitum refert. Et quamvis D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit inter affines tranſverſi limitis in univerſum, puta ſi frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut ſororis, vel contra filius fratris aut ſororis uxorem patrui, aut avunculi ducere voluiſſent: ego tamen crediderim apud Romanos jura affinitatis morte unius e conjugibus pro extinctis habita fuiſſe; utique ſi liberi ex eo matrimonio non ſupereſſent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Craſſum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxiſſe: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita ſolutis nuptiis eam diſſolvi crediderunt, ſalva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas perſonas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, quemadmodum & adoptione ſoluta nuptiæ non impediebantur niſi ob ſolam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam, ſoluta per emancipationem adoptione, ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum ſorore adoptiva diſſoluta adoptione conſtitiſſe certum ſit. §. 2. *Inſt. de nupt.* Cæterum inſignis hic veterum Romanorum error eſt, & ingens profecto eſt diſcrimen inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum eſt: affinitas vero etiam cauſam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis ſolutis adhuc permanet, ut bene Pontifex in *c. 1. cauſ. 35. q. 1.* Atque hoc etiam poſteriores honeſtate propius inſpecta agnoverunt. Itaque longius itum, prohibitumque matrimonium inter levirum & glorem, ſororium & fratriam, id eſt, ut neque frater uxorem defuncti fratris ducere, nec viciſſim ſoror marito ſororis nubere poſſit, nec maritus cum ſorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi. *l. 5. l. pen. & l. ult. C. de inceſt. nupt.* Quod & alii populi honeſtatis & verecundiæ paulo obſervantiores ſecuti ſunt, ut Alemani *legib. Aleman. tit.* 40. §. 1. Bojoarii *leg. Bojoar. tit.* 8. Franci *leg. franc. lib. 5. tit.* 4. Convenienter ſcilicet Legi Divinæ *c.* 18. *Levit. verſ.* 16. quo loco cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque cenſeri debet ſororis cum marito ſororis ſuæ conjunctio ex ratione quam affert Moſes, quia inquit, fratris tui pudenda ſunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui eſt, ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi ſoror facta ſit, quos conjungi naturæ honeſtas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem eſſe arguunt loci novi fœderis *c.* 14. *Matth. verſ.* 4. *c.* 6. *Marc.* 18. *c.* 3. *Luc.* 19. Lex vero de fratria uno caſu ducenda, ſcilicet cum frater ſine liberis deceſſiſſet *c. 25. Deuter. verſ.* 5. myſterium continet, nempe ut in nomen primogeniti conſervaretur familia, & in primogenita Chriſti nunquam intermoritura ſignificaretur. *Auguſtin. quæſt.* 61. *in Levit.* Eſt igitur exceptio legis & diſpenſatio præcepti in *d. c.* 18. *Levit. verſ.* 16. In linea tranſverſa affinitatis inæquali nullum in libris juris Cæſarei extat interdictum: Sed nec ullus reperitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptiæ permittuntur. Multi quoque exiſtimant illicitas fuiſſe, propterea quod etiam in tranſverſa inæquali linea perſona ſuperior parentis, inferioris liberorum locum obtinent. *l. nuptiæ. 53. ff. de rit. nupt.* Et quia Modeſtinus generaliter pronuntiat,

ma-

matrimonio copulari nefas esse, qui affinitatis causa parentum & liberorum loco habentur. *l.* 4. §. *hos itaque* 7. *ff. de grad. & affin.* Pontifices Romani longius progressi sunt, & sicut in consanguinitate vetuerunt conjungi non solum consobrinos, sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter se civili computatione distent, ita etiam in affinitate ad eundem usque gradum prohibuerunt conjungi affines. *c. non debet. & ibi Canonist. de consang. & affin.* Itaque secundum decreta Pontificum non potero ducere filiam aut neptem sobrini uxoris meæ (*mijns huisvrouwen achtersusterlings dochter oft dochters dochter*) sine dispensatione. Sed hæc decreta nihil aliud sunt, quam laquei conscientiarum, citra ullum respectum honestatis aut naturalis pudoris fabricata tantum sedis Romanæ crebris dispensationibus ditandæ gratia. Lex Divina per Mosen data fere per omnia convenit cum jure Cæsareo Romanorum. In transversa affinitatis linea inæquali Dominus expresse apud Mosen *d. c.* 18. *vers.* 14. & *c.* 20. *vers.* 20. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; adjecta hac ratione, quia est amita tua. Cui omnino consequens est. 1. nec sororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi posse, quia illius est matertera. 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut sororis uxoris suæ, quia & illi hujus θεῖοι. 3. nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut sororis: quoniam & illæ hujus θεῖαι. de quibus posterioribus speciebus etiam nominatim apud nos cautum est *art.* 11. *ord. polit.* Cæterum an æque ex consequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris suæ, aut de quo hic quæstio est, cum fratris aut sororis uxoris suæ, sive leviri vel gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honestate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim ajunt verecundum est, patruum meum cum ea, quæ mea aliquando uxor fuit, consuescere, & duos consanguineos cum eadem misceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum sorore mea, & unum successive cum duabus consanguineis. Sed cur in his minus valeat ratio legislatoris, quia est amita aut matertera tua; quia est patruus aut avunculus tuus; συγγενεῖς γάρ σου εἰσιν, ut vertunt septuaginta? non aliam utique rationem interdicti affert Moses. Et vero si in universum spectamus causam ob quam nuptiæ etiam in quibusdam gradibus affinitatis prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coalescentes jam non amplius duo sunt, sed una caro; in universum etiam dicendum videtur, eosdem gradus affinitatis prohibitos censeri debere, qui prohibiti sunt in consanguinitate: & propositionem illam Mosis *Levit.* 18. *vers.* 6. *Ad proximam sanguinis sui nemo accedat.* etiam ad affines, qui pro consanguineis sunt, pertinere, & ad eum usque gradum vim suam exercere, ad quem usque extenditur prohibitio inter sanguine junctos, quæ & reformatæ ecclesiæ Doctorum sententia est, ut videre est apud *Bez. tract. de repud. & divort. Zanch. lib.* 4. *de operib. Dei. c.* 1. *thes.* 5. *in fin. Beust. de matrim. c.* 51. *post prin.* & alios; probata Ordinibus Hollandiæ *d. ordin. polit. art.* 8. & passim in ditionibus liberæ Belgicæ recepta. Erratque adeo D. Johannes a Sande *lib.* 2. *decis. Frisic. tit.* 1. *defin.* 8. dum asserit Zanchium & Bezam putare jure Divino permissam esse conjunctionem cum amitæ vel materteræ marito, vel avunculi aut patrui uxore. Illos enim constanter contrarium docere comperturus est, quisquis locos citatos inspicere non gravabitur. Et quid? Bezane & Sanchius contra expressa verba Mosis, *Turpitudinem patrui tui non revelabis*, &c. pronuntiarent lege divina permissum esse matrimonium cum uxore patrui? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum

esse leviri vel gloris filiam aut neptem uxorem ducere, de quo hic ex professo agitur. Atque ita ex facto consultus non ita pridem cum Clarissimo viro D. Nicolao Dedelio Collega meo piæ memoriæ respondi. Objiciebatur nobis, quod in prohibitoriis omnia concessa & permissa intelligantur, quæ non expresse & specialiter sunt prohibita. *l, nec non.* 28. §. 2. *ff. quib. ex caus. major.* Negabam hoc a Jurisconsulto dici, sed hoc tantum, si leges non prohibeant; simpliciter scilicet, non autem si expresse non prohibeant: alioqui fore, ut omnis extensiva interpretatio fundata in sententia & ratione legislatoris tolleretur; quod absurdum, imo inauditum est, & praxi omnis ævi contrarium. Apud Mosen non prohibemur specialiter ducere aviam, neque proneptem, neque amitam aut materteram magnam, neque uxorem avunculi, imo nec ipsam filiam nostram. An igitur dicemus inter omnes hasce personas jus connubii esse? absit. Neque enim in prohibitoriis id solum prohibitum intelligi debet, quod verbis expressim prohibitum est; verum etiam quod eandem prohibitionis rationem habet, ex sententia scilicet legislatoris. *l. contra.* 29. *& l. seq. ff. de legib. l.* 3. §. *is autem. l.* 7. §. *mutui. ff. de senat. Maced. l. oratio. ff. de sponsal. cum simil. c. quod una. ext. de reg. jur. in* 6. eoque pertinet. *l.* 6. §. 1. *ff. de verb. sign.* ubi Ulpianus ait verbum *ex legibus*, sic accipiendum esse, tam ex legum sententia, quam ex verbis. Et illud Celsi, Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. *l. scire.* 17. *ff. de legib.* Et quamvis igitur singula apud Mosen non sint expressa, tamen quibusdam positis, quæ paria sunt, pro expressis habenda; cum hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus similiter statuatur. *l. neque leges.* 10. *cum aliquot seqq. ff. de legib. l.* 8. *ff. ad leg. Aquil. Cic. pro Cæcinn. & alibi.*

Doctores Reformati, atque inter eos Beza *d. tract. de repud. & divort.* Zanchius *lib. de operib. Dei. c.* 1. *thes.* 7. in eo quoque conveniunt, quod etiam interdicta, quæ affines laterales spectant, moralia sint & perpetui juris. Et nostra quidem opinione verba *d. c.* 18. *Levit. vers.* 24. adeo clara sunt, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia tam graviter punivisset, nisi in singulis peccassent contra legem naturæ, id est, legem naturalis pudoris & verecundiæ. Attendatur pœnæ gravitas & notentur particulæ universales, quibus singulos istos casus designat legislator, cum idcirco gentes puniendas esse ait, ac proinde nec juris ignorantia hic cuiquam prodesse potuit, nec excusationem mereri, quod res non esset integra. Etsi enim pleræque harum conjunctionum directe non adversantur primæ illi legi naturæ, seu primis juris naturæ principiis: contrariæ tamen sunt conclusionibus, quas homo rationis & naturæ ductu ex primis istis principiis elicere potest & approbare debet: & ita juri naturæ secundario: cujus gratiam facere nemo nisi Deus ipse potest: qui & forte in sanctis olim quædam matrimonia vetita. *d. c.* 18. *Levit.* concessit propter sancti generis paucitatem; aut piis ex infirmitate lapsis, & judicii errore aliorum exempla secutis, id benigne condonavit. Denique talia objicienti recte respondebitur, non exemplis, sed legibus judicandum esse. Grotius 2. *de jur. bell. & pac.* 10. putat legem de conjugiis a Deo datam universo humano generi in reparatione post diluvium. Atque hac in parte multum, imo nimium tribuit interpretationi Rabbinorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in universum de conjugiis a Deo per Mosen populo Israëlitico datas morales & æternas esse, atque haud secus constringere omnium hominum vitam, quam ipsa Decalogi præcepta: ac proinde neminem mortalium hic sibi quicquam vindicare posse, cum

Ant.

Ant. Contio 2. *subsec. Beza d. tract. de repud. & divort. Zanchio lib.* 4. *de operib. Dei. c.* 1. *thes.* 7. *Bucano loc. de conjug. quæst.* 22. quanquam non omnes, qui contra istas leges faciunt, æque graviter peccant. In qua sententia & Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. literas. de restit. spoliat.* ut & Panorm. *in d. c. n.* 17. multique alii e Pontificiis Doctoribus tam Theologis, quam Jureconsultis, ideoque doctissimi Scolasticorum, qui etiam aperte docuerunt, nec ipsum Pontificem Romanum dispensare posse, ut matrimonium contrahatur inter personas in gradibus prohibitis. *d. c.* 18. *Levit.* quorum prolixum catalogum habes apud Sanchez Jesuitam *de matrim. lib.* 7. *disput.* 52. *n.* 7. Grotius *lib.* 1. *introd. ad jurisp. Bat. c.* 5. & Coren. *cons.* 21. *n.* 27. & 28. memorant, DD. Ordines Hollandiæ semel atque iterum per modum dispensationis petenti alicui permisisse, ut filiam gloris uxorem duceret; & nominatim Ægidio Flory Procuratori Generali 20. Augusti 1609. sed postmodum semper, ut accepi, idem petentibus de consilio Curiæ provincialis denegatum est, non minus pie mea sententia, quam tuto.

CAP. XIV.

An quævis filiæ a quibusvis parentibus dotandæ; & ex professo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?

DOTARE filiam eique conditionem honeste nubendi quærere patris officium est. *l. capite.* 19. *ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dot. promiss.* Nam cum maritus onera matrimonii sustinere cogatur, & pro hisce oneribus vicissim omnes fructus dotis, quam ab uxore accepit, ipsius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi scilicet filiam, ut hujusmodi onerum partem agnoscere debet. *l. pro oneribus.* 20. *C. de jur. dot.* Sed hoc ita si pater filiam habeat in potestate. *d. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* alias avo paterno id incumbit, cujus in potestate filia est. Secus etiam est, si filia sit emancipata; utpote quæ bona propria habet, ex quibus dos constitui potest. Sed nec tam arctum vinculum est patri cum filia emancipata & sui juris effecta, quam cum ea, quæ adhuc in ejus potestate & familia est: & hæc patri, illa sibi acquirit. Non adversatur quod a Papiniano responsum est, cum pater idemque curator filiæ emancipatæ dotem pro ea constituit, in dubio eum videri magis quasi patrem de bonis suis dotem constituisse, quam quasi curatorem de bonis filiæ. *l.* 5. §. 12. *ff. de jur. dotium.* Ex eo enim minime sequitur, patrem jure obligatum esse ad dotem filiæ emancipatæ dandam: sed τὸ ἐναντίον, nempe patrem non teneri ex suis bonis dotare filiam emancipatam, & si expressim de bonis filiæ non de suis dotem constituat, nihil eum contra jus facere. Idem non obscure arguit *l. si res.* 51. *ff. eod. tit.* ubi Ulpianus ait, si pater filiæ emancipatæ res, quæ ei post emancipationem donavit, cum dotem postea dederit, dotem a filia, non a patre datam videri: ergo non tenetur pater de propriis bonis filiæ sui juris effectæ dotem dare. Quod si pater filiæ nomine dotem promisit, eamque ante nuptias emancipavit, non resolvitur promissio, non magis quam si pater ante nuptias mortuus esset. *l. si pater.* 44. *pr. ff. eodem.* Sed & ex hoc ipso a contrario sensu recte colligitur, citra promissionem non teneri patrem de suo filiam emancipatam dotare. Plane si filia emancipata sit paupercula, & absque dote conditionem invenire nequeat, tentari potest officio magistratus patrem cogi posse, ut dotem

dotem det. Multo minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet, qui pater est, in hujusmodi causis jure nostro pro patre habetur; sed is demum, quem nuptiæ demonstrant, aut qui filiam adoptavit. *l. 5. ff. de in jus voc. l. 6. ff. de his qui sui vel al. jur. l. 1. & pass. ff. de adopt.* Non mutat, quod pater alimenta præstare huic filiæ debet: nam ab alimentis ad dotem non recte argumentamur affirmando, puta alere tenetur, ergo & dotare: sed negando duntaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Busius in *d. l. 19. ff. de rit. nupt.* Etiam spuria sive vulgo quæsita filia alenda a patre est, modo de eo constet: non tamen dotanda. Alimenta denegare est necare. *l. 4. ff. de agnosc. & alend. lib.* denique quid verbis opus est, textus in hanc rem satis est clarus in *l. uxorem 41. §. pater naturalis. 11. ff. de legat. 3.* ubi pater pro filia naturali, cui fideicommissum debebat, dotem dans, non intelligitur id fecisse, ut pater, aut dotis debitor, sed ut bebitor fideicommissi, & hujus debiti minuendi causa. Quin & si maxime velit pater, tamen si liberos legitimos habeat, non nisi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocunque modo vel inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre potest. *l. 8. C. de natur. lib. junct. Nov. 89. c. 12. §. 2.* Unde tamen benigne dici potest, si filia naturalis valde inops sit, officio jus dicentis, sive ut nunc loquuntur, officio judicis nobili, patrem constringi posse, ut huic filiæ aliquid in dotem det; quod tamen, si liberi legitimi sint, non excedat quantitatem definitam. *d. l. 8. C. de natur. lib. & d. Nov. 89. c. 12. §. 2.* Et hæc communis est opinio. *Gloss. in l. uxorem. 41. §. pater naturalis. 11. ff. de legat. 3. Bartol. ibid. & in l. 1. ff. solut. matr. n. 11. Bald & Salic. in l. ult. C. de dot. promiss. Mantic. lib. 12. de tac. & ambig. conv. tit. 19. n. 4. & 32. Gudel. 1. de jur. nov. c. 14. Perez. ad d. tit. C. n. 6.* Alii se fundant in æquitate juris Canonici, *arg. c. cum haberet in fin. de eo qui dux. in matrim. ubi Gloss. Gail. 2. obs. 188. n. 4.* & plerique appellatione spuriorum intelligunt omnes, qui non sunt nati ex justo matrimonio, confundentes ex concubina natos cum vulgo quæsitis. *Palæot. de noth. spur. fil. c. 49. & seq. Boer decis. 127. Covar. part. 2. de matrim. c. 8. §. 6. n. 15 Gail. d. loc.* Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt, qui nati sunt ex damnato coitu, ab alimentis ad dotem perperam κατασκευάζοντες.

Mater filiam dotare non cogitur, nisi ex magna & probabili causa. *l. neque mater. 14. C. de jur. dot.* Magna autem causa esse putatur non tantum si mater sit dives, pater inops; verum etiam si mortuo patre ipsa filia inopia laboret. Legibus etiamsi hoc specialiter cautum est, ut mater hæretica filiam Christianam dotare cogatur: *l. cognovimus. 19. C. de hæret. & Manich.* ad quem textum forte respexit Tribonianus in *d. l. neque mater.* in verb. *vel ex causa specialiter lege expressa.* Sed illud cessare cœpit, postquam ex constitutione Frederici in *auth. Gazaros. C. de hæret. & Manich.* & Jure Canonico *c. vergentes. 10. ext. eod.* omnium hæreticorum bona confiscare placuit, ita ut in *d. c. vergentes.* etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: nisi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis istis confiscatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, sicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur. *l. 7. ff. de bon. damnat.* Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jura abrogata sunt: nemoque apud nos propter hæresin aut heterodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona publicentur, procul dubio dispositioni *d. l. 19. C. de hæret.* locus erit in Judæa matre ut filiam Christianam dotare cogatur. Sed & totius fere Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier sicut lucri, ita etiam damni par-

particeps fit: & ideo dotandi onus, tanquam æs alienum commune eſt, & ad utriuſque parentis officium ſpectat. *vid. Groenew. de ll. abrog. ad d. l. neque mater. & ibi alleg.*

Præcipua vero quæſtio hic eſt de filiafam. locuplete ſeu bona propria habente, nempe an & huic pater dotem dare cogatur. Ego ſic diſtinguendum arbitror: Si filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum uſumfructum pater non habet (ut in *auth. excipitur. cum 2. ſeqq. C. de bon. quæ lib.*) unde honeſte pro conditione perſonæ ſuæ dotari poteſt; hoc caſu non putarem patrem cogi poſſe, ut de ſuo dotem filiæ conſtituat. Ratio eſt, quia nec talem filiam alere pater tenetur. *l. 5. §. ſed ſi. 7. ff. de agnoſc. & alend. lib.* ab alimentis autem ad dotem licet ἀνασκευάζειν. Et ceſſat omnino ratio onerandi patrem, quando filia ob bona propria conditionem reperire poteſt. *Bart. in l. mulier 22. §. cum proponeretur. 4. ff. ad ſenat. Trebell. Alciat. in l. 1. ff. ſolut. matrim. Tulden. in Cod. tit. de dot. promiſſ. n. 7. Bachov. in Treutl. diſp. de jur. dot. theſ. 2.* Multa quidem poſt Salicetum & alios, ſed in vanum diſputant *Gail. 2. obſ. 95. Palæot. de noth. & ſpur. c. 49. & ſeq. Sichard. in l. ult. C. de dot. promiſſ. Bronch. 3. aſſert. 14.* ut probent argumentum a negatione debitionis alimentorum non neceſſario procedere ad negationem debiti dotis, cauſamque dotis etiam favorabilem eſſe cauſa alimentorum. Quo nihil eſt παραδοξότερον. Sed objicitur nobis *d. l. ult. C. de dot. promiſſ.* quæ eſt una ex quinquaginta deciſionibus Juſtiniani. Videamus ergo quid Juſtinianus illic conſtituat. Agit ibi Imperator de patre habente uſumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. conſtitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de ſuo dare: ſed ſi dotem ultro promiſerit, definit, ex cujus bonis hoc pater feciſſe cenſeri debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filiæ. Et ſumma *d. l. ult.* eſt, quam refert Baldus. Pater ſimpliciter dotem dans pro filia non expreſſo de cujus patrimonio, cenſetur dediſſe de ſuo ipſius patrimonio. Si vero dixerit ſe dotem dare de ſuo & filiæ patrimonio, tunc ſi pater eſt inops, cenſetur dotem dediſſe de filiæ patrimonio: ſin pater eſt locuples, cenſetur eam ſummam, quam expreſſit, dediſſe de ſuo ipſius patrimonio, & tantundem tacite voluiſſe accedere ex bonis adventitiis filiæ, in quibus uſumfructum habet, quem uſumfructum eatenus tacite remiſiſſe intelligatur. Idemque jus conſtituit, ſi pater donationem propter nuptias pro filio promiſerit. Quod ſi pater expreſſe dicat ſe de filiæ bonis dotem dare, is caſus non deciditur in *d. l. ult.* ſed decidendus eſt ſecundum ea, quæ dixi, nempe patrem non cogi de ſuo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, ſeu quorum uſusfructus non pertineat ad patrem. Hoc igitur adhuc manet, ſi pater ſimpliciter pro filia, quamvis bona propria pleno jure habente, dotem dederit, eam de ſuis bonis ex liberalitate dediſſe intelligitur. *l. 5. §. 12. ff. de jur. dot.* At ex eo, ut ſuperius quoque diximus, recte colligitur, poſſe patrem, ſi velit, etiam de filiæ bonis dotem promittere, & ſi hoc expreſſe dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filiæ bonis dotem promiſſam præſtare. *Fac. l. ſi res. 51. ff. eod. tit.* Non obſtat, quod etiam filiæ locupleti debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum patre debetur, nec liberis auferri debet patris hereditas, ad quam ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur a patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat. *l. 2. ff. eod. tit.* Itaque ſi filia conditionem matrimonii reperire poteſt ob propria bona,

cessat causa onerandi patrem, ut bene *Diod. Tulden. ubi supra. Duar. ad tit. sol. matr. c. 3. de dotib.* Quod si filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum bonorum proprietatem, usufructu apud patrem constituto, hoc casu pater aut ex suo patrimonio dotem dare debet, aut remisso usufructu, quem in bonis filiæ habet, plenum eorum jus ex causa dotis in filiam transferre: sicut etiam pater, qui usumfructum in bonis liberorum adventitiis habet alimenta illis de suo præstare tenetur. *l. ult. §. ipsum autem. 5. pr. & vers. cum enim. C. de bon. quæ lib.* De filia, quæ sine patris consensu nupsit, frustra quæritur, an eam dotare pater debeat: quoniam hoc casu jure civili nec dos, nec matrimonium intelligitur: moribus nostris ob eam causam etiam exheredari potest, utique si minor viginti annis fuerit. *Grot. l. 2. introduct. ad jurisp. Batav. c. 18.* alibi etiamsi major, modo minor 25. annis. *Christin. vol. 3. decis. 132. n. 19. Tulden. in C. de nupt. n. 2. & de dot. promiss. n. 9.* Quid de jure Canonico hic statuendum vide *Gail. 2. obs. 95. n. 3. & seqq. Panorm. in c. 1. n. 6. de despons. impub. Covar. p. 2. de matrim. c. 3. §. 8. n. 8. Tulden. d. n. 9.* An vero & quatenus secundum jura, quæ nunc obtinent, recipi possit constitutio Justiniani in *l. ult. C. de dot. promiss.* quam singularem & satis mirabilem appellat *Christin. vol. 3. decis. 132. n. 24.* & tamen usu forensi receptam prædicat, eo quod secundum eam in Camera Imperiali judicatum testatur Mynsingerus *cent. 5. obs. 32. n. 2.* vide *Groenew. tract. de legib. abrog. ad d. l. ult.* ubi bene & solide ostendit non posse eam constitutionem moribus horum temporum sine vitio applicari aut in praxi recipi, licet secundum jura illius temporis, quo composita & a Justiniano promulgata est, ratione & æquitate non careat, quod etiam non obscure innuit *Tulden. ubi sup. n. 6.*

CAP. XV.

An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio secuta non sit?

DONATIONEM inter virum & uxorem jure nostro prohibitam esse constat *tit. ff. & C. de donat. int. vir. uxor.* Ratio sumenda a blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel causam rixarum & dissidii, quin & divortii quærere possit: cui adde quæ referuntur in *l. 1. & l. 2. ff. d. tit.* & docte explicantur a Connano *lib. 8. comm. c. 11.* Sunt tamen nonnullæ hic exceptiones & nonnulli casus, quibus hanc donationem valere placet: veluti si donator non fiat pauperior, imo si donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior. *l. 5. §. concessa. 8. & §. cum igitur. 16. ff. eod. tit.* si donationes sint reciprocæ. *l. 7. §. 2 ff. eod.* aut remuneratoriæ insignis alicujus operæ aut officii. *arg. l. hoc jure. 19. §. 1. l. Aquilius. 27. ff. de donat.* si mortis causa donatio fiat. *l. 9. §. ult. cum l. seq. ff. de donat. int. vir.* Etsi autem his causis, & si quæ sunt similes, exceptis cæteræ donationes inter virum & uxorem non consistunt; placet tamen morte donantis eas confirmari. *l. res uxoris. 24. & l. seq. C. de donat. int. vir. & ux.* quod effectum est oratione Severi & Antonini, quæ refertur & explicatur ab Ulpiano in *l. cum hic status. 32. ff. eod.* Infirmæ vero manent, quamdiu mors donantis nondum secuta est; ac proinde præmoriente donatario evanescunt; quoniam tunc confirmationi locus esse amplius non potest.

Quæ-

Quæsitum autem est, & eleganter quæsitum, si conjux conjugi rem non tradiderit, sed donationis causa tantum promiserit, substiteritque in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipsa κατὰ μετωνυμίαν donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut superstiti donatario contra donantis defuncti heredem exactio promissi detur. Res non caret scrupulo. *Glossa*, *Bartolus*, *Baldus & DD. comm. in l. Papinianus.* 23. *ff. de donat. int. vir. & ux. Costal. ibid. Connan. lib.* 8. *comment. c.* 11. *Mant. lib.* 21. *de tac. & ambig. conv. tit.* 7. *n.* 32. *Scip. Gentil. lib.* 3. *de donat. int. vir. & ux. c.* 38. *Mynsing. cent.* 2. *obs.* 33. *n.* 3. statuunt hoc casu cessare orationem, nempe morte donantis conjugis non confirmari donationes, quæ verbis tantum promissæ sunt, sed eas solas, quæ revera extiterunt, & traditione perfectæ sunt; heredem autem conjugis ex sola promissione conveniri non posse, licet non revocata voluntate conjux decesserit. Atque his ego me adjungam socium. Rationes, quæ me impellunt, hæ sunt. Primum quod non videatur plene & cum effectu donare voluisse, qui tantum promisit, neque dedit: & quia fidem suæ donationis non præstitit, pœnituisse existimandus est. Imo nec revera & proprie donatio subsistens in terminis conventionis donatio est, sed de dando conventio. Proprie enim nemo donare intelligitur, nisi qui & tradat. *l.* 1. *ff. de donat.* Donatio est doni datio. *l. senatus.* 35. §. 1. *ff. de mort. ca. donat.* Unde donatio opponitur stipulationi & promissioni. *l.* 3. §. 10. *l.* 23. *ff. de don. int. vir.* 2. Quia non est novum, ut conventio, quæ alias per se prorsus nulla est, accedente traditione aliquid roboris accipiat, atque ob eam causam facilius confirmari debeat. *l.* 1. §. *si vir.* 4. *& ibi Bart. ff. de acq. poss.* 3. Movet textus in *l. cum hic status.* 32. §. 2. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum esse, ut eripiatur donatario ab herede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini potest, nisi quod jam habet, quod traditum sibi tenet ac possidet. 4. Quoniam alias nulla in proposito dari posse videtur differentia inter donationem mortis causa, & donationem inter vivos, *arg. l.* 32. *ff. de mort. ca. don. & l.* 11. *pr. ff. de don. int. vir.* quarum illa tamen inter conjuges permissa, hæc vetita. 5. Textus expressus & rotundus in *l. Papinianus.* 23. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi Ulpianus sententiam Papiniani probat, existimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promissiones: ideoque si maritus uxori suæ stipulanti tantum spopondisset, non etiam tradidisset, marito mortuo heredem ejus conveniri non posse, licet durante voluntate maritus decesserit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæstio proposita deciditur, & secundum quod nobis visum apertissime pronuntiatur. Quis enim ferat, quod ad hunc locum Ant. Faber *lib.* 2. *conject.* 8. respondet, Ulpianum memorare tantum sententiam Papiniani, non probare, cum diserte Ulpianus dicat Papinianum recte putasse, &c. Sed scilicet, si fides Ant. Fabro, vox recte ab imperito interprete addita est, & ideo tollenda. Schifordigerus autem *lib.* 1. *tract.* 11. *quæst.* 8. de via magistri sui non nihil deflectens putat ex duabus sententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem duntaxat Ulpiano probari, posteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod in posteriore non repetit particulam *recte*: quasi vero ea repetita non intelligatur ἀπὸ κοινοῦ, aut posterior assertio Papiniani non dependeat, tanquam necessarium consequens a priori. Denique si posteriorem non æque ac priorem probasset Ulpianus, haud dubie id expressisset,

 nec

nec sine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variasse Ulpianum, & Papiniani sententiam, quam prius probaverat *d. l. Papinianus.* postea improbasse in *d. l. cum hic status.* At cur hoc magis dicunt, quam Ulpianum suam ipsius sententiam mutasse postea, & probasse Papiniani in *d. l. Papinianus.* In *d. l. cum hic status.* §. 1. loquitur obscurius: & locus iste aliam interpretationem, quam quæ ab illis affertur, pati potest, ut postea demonstrabitur. At in *d. l. Papinianus.* nulla obscuritas, plana & aperta Jurisconsulti sententia. Fateor tamen & contrariam sententiam non levibus niti argumentis, eamque habere assertores egregios, interque eos Corasium *lib. 5. misc. c. 1. Ant. Fab. & Schifordig. ubi supra.* Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter responderi possit.

Primum ducitur ex *l. cum hic status.* 32. §. *sive autem.* 23. *ff. de don. int. vir.* ex quo loco sic illi colligunt; Quæcunque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat, ea oratione confirmata est. *d.* §. *sive autem.* At constat nec valuisse promissionem donandi causa factam. *l.* 3. §. *sciendum.* 10. *ff. eod.* ergo & illa ex eadem oratione valet. Respondeo, in hoc argumento concedi sibi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ, quod est in quæstione, nempe an omnes quocunque modo factæ donationes per orationem sint confirmatæ. Nam textus in *d. l. cum hic status.* 32. §. *sive autem.* 23. commode restringi potest ad donationem veram ac proprie dictam, plenam scilicet & perfectam, quæ sit consummata vel per traditionem actualem, vel per acceptilationem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione sit, ut in *l.* 3. §. *ult. ff. eod.* ut hisce modis & si qui id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet *d.* §. 23. *d. l.* 32. ubi expresse agitur de remissione obligationis facta per acceptilationem, in qua est fictio brevis manus, tanquam res soluta, & mox donationis causa reddita esset. Sed ajunt etiam stipulatione perfici donationem. Quis negat? Imo ex constitutione Justiniani etiam nuda conventione perficitur donatio, cum scilicet donator voluntatem suam scripto aut sine scripto manifestavit. §. 2. *Inst. de donat. l. si quis.* 35. *C. eod.* Sed hic primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio & actio duntaxat, non rei promissæ dominium. Vere autem & plene demum perficitur & consummatur donatio promissi & doni præstatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, simul atque de pretio convenit: non ante tamen pro consummata habetur, quam res tradita sit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, proprie donatio ipsam rei translationem significat: quam ob causam etiam inter modos acquirendi dominii numeratur *Inst. de donat. in pr.*

Secundum argumentum sumitur ex *d. l. cum hic status.* 32. §. 1. ubi Jurisconsultus ait, oratione inductum esse non tantum, ut res fiat ipso jure ejus, cui donata est, sed etiam ut obligatio sit civilis: quod postremum non nisi de stipulatione donandi causa facta putant intelligi posse. Sed quidni verba ista Jurisconsulti de eo casu accipi possint, quo aut nomen conjugi donatum est & cessa actio, aut evictionem promisit donator, quomodo & Accursius ea accepit? Hoc certe probabilius dicitur, quam aut Ulpianum sibi non constitisse, aut Papinianum a reliquis dissensisse Jurisconsultis. Addit Accursius & alium casum, nempe si alter alteri debitum per acceptilationem remiserit. sed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertio non parum juvare videtur contrariam sententiam, quod ab Ulpiano respon-

ſponſum eſt in *l. ſi ſtipulata.* 33. *ff. eod.* ſi mulier annuum ſtipulata fuerit, & manente matrimonio maritus deceſſerit, donationem (Haloander & Duarenus legunt *ſtipulationem*) ex ſenatuſconſulto confirmari. Reſpondet Bartolus confirmari quidem hoc caſu donationem, ſed non ultra, quam ante ex ſtipulatione præſtitum eſt a marito juxta *d. l. Papinianus. ff. eod.* Ego autem puto recte defendi poſſe, ex promiſſione annui etiam ejus nomine, quod præſtitum non eſt, heredes mariti, qui promiſit, teneri, ſed non aliter, quam ſi maritus re ipſa jam ſolvit aliquid de illo annuo, puta ſi unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promiſſio, & poſtea ceſſavit. Hoc, inquam, caſu puto reliquorum annorum debitum ab heredibus exigi poſſe, propterea quod hic promiſſor ipſo facto voluntatem ſuam ſatis declaravit: quanquam nec abſurdum eſt in promiſſione annui ceu alimentorum ſtatuere exceptionem. Plane non eſt exiſtimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quarto in contrarium urgent *l. 2. C. de dot. caut. non num.* Sed ad hunc locum facilis reſponſio eſt, nimirum cum vir donandi animo aliquod incrementum in dotem adſcribit, ut in ſpecie *d. l. 2.* quaſi traditionem factam videri, per fictionem ſcilicet brevis manus, cujus eadem vis eſt, quæ veræ. *l. 3. §. pen. & ult. ff. de donat. int. vir. & ux.* neque aliter traditionem talis incrementi fieri ſolere: cum enim dos ipſa conſtante matrimonio penes maritum eſſe debeat, & conſequenter etiam incrementum dotis *l. 4. ff. de jur. dot.* abſurdum eſſe id tradi mulieri & ſtatim a viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde acſi revera traditum eſſet, actione rei uxoriæ ab heredibus mariti uxor recte petet. Bartolus in eandem ſententiam tribus verbis reſpondet, eſſe in *d. l. 2. C. de dot. caut. non num.* traditionem fictam, quæ idem operetur, quod vera. Ultimo objicitur communi ſententiæ *Novell. 162. cap. 1.* ubi expreſſe etiam quævis promiſſio donationis cauſa mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, poſt mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus, quod in conventionem deductum eſt, datur condictio. Verum cum novum jus illic aperte introducatur, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis ſententia recte defenditur. Quid ergo? An novo jure vera eſt contraria ſententia, & ſecundum eam pronuntiandum? Sane quidem ſecundum illam Novellam, ſed ego dubito an Novella iſta in praxi & foro ſub auctoritate legis allegari poſſit: quoniam in vulgatis editionibus deſideratur, & demum a Neotericis ex Græco tranſlata & volumini Authenticorum inſerta eſt. Unde nec a pleriſque allegatur, ne quidem a Coraſio aut ipſo Ant. Fabro. Sed neque videtur eſſe Juſtiniani, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita eſt inſcriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris noſtris & Galliæ moribus, vide *Groenew. de ll. abrog. ad l. 1. C. de donat. int. vir. & ux.*

CAP. XVI.

An cum teſtator prohibuit inventarii confectionem, etiam neceſſitas reddendarum rationum tutori vel curatori remiſſa intelligatur?

TUTORES omnes & curatores, cujuſcunque generis ſunt, non ante debent ſe miſcere adminiſtrationi ſibi commiſſæ, quam inventarium bonorum omnium & re-

rum pupillorum aut adultorum, nominumque & instrumentorum solenniter sub-præsentia publicarum personarum confecerint. *l. tutor.* 7. *pr. ff. de administ. tut. l. tutores.* 24. *C. eod. l. ult.* §. 1. *C. arbitr. tut.* solo patre legitimo administratore secundum communem interpretum sententiam excepto. *Montan. de jur. tut. c.* 32. *reg.* 5. *de confect. invent. n.* 88. Est autem inventarium hoc fundamentum administrandi bona & caput reddendarum rationum. *l.* 1. §. 3. *ff. de tut. & rat. distr.* Inde enim promptum est, quod alias vix fieri posset, cognoscere, an & quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis sit deminutum. Atque ideo ob non confectum inventarium quasi suspecti removentur, vinculisque publicis continentur, tanquam rerum pupillarium spoliatores & prædones, & infamia notantur. *l.* 3. §. *tutores, qui repertorium non fecerunt.* 16. *ff. de susp. tut.* (in editione Florentina illa verba desunt, & initium §. est, *qui pecuniam.*) *l. ult. in fin. C. arbitr. tutel.* Denique contra eos juratur in litem, nec tantum ob dolum, verum etiam ob latam culpam. *d. l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. l.* 2. *C. de in lit. jur. Covar. var. resol. lib.* 2. *c.* 14. *n.* 4. *in fin. & n.* 5. *Montan. d. loc. n.* 20. *& multis seqq.* Postremo non ante quam inventarium publice confecerint, & secundum morem solitum res iis traditæ fuerint, & ullam habent administrandi, aut vel attingendi bona pupillorum adultorumve facultatem. *d. l. ult.* §. 1. *C. arbitr. tut.* Sunt tamen nonnulli casus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur: vel si justa causa impediat, quominus tutor statim aut suo tempore (de quo vide *Montan. d. loc. n.* 29.) inventarium facere possit, puta si morbus sonticus eum tardet. *d. l. tutor. pr. & ibi Bartol. n.* 17. aut si causa non admittat dilationem & res pupillo non obsit, sed prosit. *l. ul. C. de tut. qui sat. non ded. d. l. tutor. & ibi Bart. n.* 27. Est & alia eaque insignis exceptio, nempe si testator expressim prohibuerit inventarium fieri. *d. l. ult.* §. 1. *C. arb. tut.* Idemque juris esse plerique putant, etsi testator non expresse prohibuerit fieri inventarium, sed tantum simpliciter tutori remiserit necessitatem inventarium faciendi. *Bart. in l. nemo potest.* 55. *n.* 12. *ff. de legat.* 1. *Guid. Pap. decis.* 352. *Clar.* §. *testamentum. quæst.* 66. *n.* 4. *Montan. d. loc. n.* 98. *Moller. lib.* 1. *semest. c.* 39. *n.* 12. *Gothofr. ad d. l. ult.* §. 1. quasi nihil intersit, utro horum verborum testator usus fuerit, remitto, an vero sive prohibeo: quod tamen vix est, ut probare possim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo: qui remittit, non vult non fieri, sed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando testator suo & pupillorum suorum pudori consulere velle intelligitur, quæ justa causa est: remittendo tantum gratificatur tutoribus; quæ causa non videtur esse sufficiens. Sane Justinianus in *d. l. ult.* §. 1. *C. arb. tut.* non aliter tutores a necessitate faciendi inventarii absolvit, quam si testator specialiter inventarium conscribi vetuerit: quod & Jaso in *l. nemo potest.* 55. *ff. de legat.* 1. *in col.* 10. notat & sequitur *Chassann. ad consuet. Burgund. in gloss. verb. par inventaire. tit des enfans de plusieurs licts. n.* 27. *Joan. Dilect. de art. test. tit.* 7. *cautel.* 3. *n.* 2. *Damhoud. in patrocin. pup. tit. de tut. & cur. mun. tom.* 1. *n.* 17. *Christin. ad stat. Mechlin. tit.* 19. *art.* 12. *n.* 7. *Bus. ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. n.* 3. & in puncto juris verius esse tantum non fatetur *Clar. d. quæst.* 66. *n.* 5. Causam autem prohibitionis hanc ferme habent testatores, ne patrimonii secreta & æs alienum pandatur. *l.* 2. *C. de alim. pup. præst.* & ne, ut alibi ajunt Impp. opulentia ad invidiam, aut paupertas ad contemptum publicetur. *l.* 2. *pr. vers. sed ubi quarta. C. quand. & quib. quart. pars.* ac creditur pater pro pietate sua liberis optime prospectum voluisse. *l. nec in ea.* 22. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Solent autem judices huic prohibitioni testatoris plerumque acquiesce-

quiescere, quanquam non præcise coguntur eam sequi: nam si pupillo secus expedire intelligant poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad solennem inventarii confectionem, per textum aureum in *l. utilitatem.* 10. *ff. de confirm. tut. l.* 5. §. *Julianus.* 7. *ff. de adm. tut. l.* 7. *vers. nec tamen. ff. de ann. leg. & simil.* quemadmodum & vice versa ipse judex interdum ex justissima causa necessitatem conficiendi inventarii tutori remittere potest, etiamsi testator non prohibuerit inventarium fieri, puta si forte non conducat facultates pupilli patefieri. *arg. l.* 2. §. *ergo etiam.* 45. *& seq. ff. ad Senat. Tertull. l.* 2. *C. de alim. pup. præst.* vid. *Bart. ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. n.* 19. *Chassan. ubi supra. n.* 26. *Montan. d. reg.* 5. *n.* 108. *Christin. d. art.* 12. *n.* 7. 8. 9. *Tulden. in Cod. de admin. tut. n.* 2. *Groenew. tract. de legib. abrog. ad l. ult. C. de arbitr. tut.*

Illud eleganter quæsitum, an prohibita inventarii confectione hoc ipso censeatur testator etiam rationum reddendarum necessitatem tutori aut curatori remisisse? Affirmant *Damhoud. in patrocin. pupill. c.* 4. *n.* 15. *Molin in consuet. Paris.* 1. *p.* §. 6. *gloss.* 6. *n.* 12. *Moller.* 1. *semestr.* 39. *n.* 6. & plures *ibid. alleg.* Firmamentum hujus sententiæ est, quia absque inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput est & fundamentum: atque ut Molinæus post *Gemi. in c. generali. col.* 2. *de elect. in* 6. ait, sine inventario non potest confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod est de receptis: & Damhouderus paria esse, remittere rationum reddendarum necessitatem, & absolvere tutorem a confectione inventarii: atque ideo hæc valere εἰς ἀμφότερα cui remissæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: & quem testator a confectione inventarii absolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterum verior est contraria sententia, negantium scilicet prohibitione inventarii conficiendi necessitatem reddendarum rationum tutoribus simul remissam censeri. Longe enim melius est & probabilius, ut dicamus prohibitionem istam pertinere duntaxat ad solennem inventarii confectionem, quæ fit interventu publicarum personarum, & ita ut exemplar mox magistratui exhibendum sit (quod nos dicimus *staat ende inventaris in handen van de Weesmeesteren leveren. Grot. lib.* 1. *introd. ad jurisp. Bat. c.* 9.) quæ prohibitio ideo fieri a testatore solet, ne secreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum est, & ne scrupulosa fiat inquisitio. Non autem eo, ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac descriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expensa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis a testatore factæ cessat. Quod si ne id quidem voluisset testator fieri, re ipsa etiam dolum futurum & fraudem testator remisisset: quod nec facere debet, nec potest. *l. ita autem.* 5. §. *Julianus.* 7. *ff. de adm. tut. Joan. Dilect. ae art. test. tit.* 7. *cautel.* 2. *n.* 3. Quapropter dicendum est etiam hoc casu, ubi talis prohibitio facta est a testatore, privatum tamen repertorium & privatam annotationem a tutore fieri oportere: ne si postea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid gessisse dixerit, non habeat pupillus, quo id probet, aut tutor, quo se defendat. Poterit autem se defendere repertorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit si non refutetur manifestis probationibus. *arg. l.* 2. *pr. vers. sed ubi quarta pars. C. quand. & quib. quart. pars.* ita Busius ad *d. l.* 7. *n.* 6. *ff. de adm. tut. Christin. ad consuet. Mechlin. d. tit.* 19. *art. n.* 9. *& ibi citat.* & hæc vi ipsa etiam Molleri sententia est *loc. sup. not. n.* 8. & facit huc *l. si servus.* 119. *ff. de legat.* 1. *& l. cum tale.* 72. §. *quid ergo.* 3. *ff. de cond. & demonst.* Quid quod ne illud quidem concedendum est, posse patrem testamento suo cavere,

cavere, ne tutor, quem liberis suis dat, obnoxius sit reddendis rationibus. Id enim fieret contra jus publicum, & pater de jure non sibi, sed pupillis suis competituro disponeret, quod admittendum non est. *d. l. 5. §. Julianus. 7 ff. de adm. tut. D. Præses Everhard. consil.* 211. *n.* 14. Quod vero ibidem refert casum, ubi a marito cautum, ne uxor & mater liberis suis rationes reddat aut reliqua restituat, eamque cautionem ait valere, id propriam rationem habet. Nam id cautum fuit pactis antenuptialibus, quibus fructus omnes uxori usque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ pacta postea constante matrimonio testamento mariti confirmata sunt, ut bene ibi ostendit idem D. Præses. Superioribus non obstat, quod minor curatori suo legare aut per fideicommissum relinquere liberationem & remissionem reddendarum rationum potest. *d. l. 5. §. Julianus. 7. in fin. ff. de admin. tut. l. cum necessitatem. 18. C. de fideicom.* quia qui ita disponit, de jure suo disponit, non de alieno. Et quidem si filius patri tutori aut matri tutrici quondam suæ talem reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum est, quam si quis ita legaverit personæ extraneæ, cujus in curatione est, aut fuit. *l. Aurelius. 28. §. Titius testamento. 3. ff. de lib. legat. junct. l. Aurelio. 20. §. 1. ff. eod.* vide de hujusmodi liberatione a reddendis rationibus legata *Covar. lib. 2. var. resol. c.* 14. Igitur, ut evicimus, quando testator prohibet, ne is, quem liberis heredibus suis tutorem dat, inventarium conficiat, tantum a solennis inventarii confectione eum liberasse intelligitur, non a confectione repertorii privati, aut in totum ab onere reddendarum rationum, cum ne permissum quidem hoc patri sit. Non eadem causa est heredis, cui testator interdicit, ne inventarium faciat, aut confectionem inventarii remittit: nam is nihilomagis defungi potest repertorio & descriptione privata: sed non obstante illa sive interdictione sive remissione inventarium cum omni solennitate facere tenetur, nisi solidum creditoribus hereditariis solvere paratus sit. Ratio est, quia nemo quicquam in testamento cavere potest in præjudicium creditorum suorum. *Bart. in d. l. nemo potest. de legat.* 1. Putarem autem posse testatorem heredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium legatariorum & fideicommissariorum, qui non de damno vitando laborant, ut creditores, sed de lucro certant: non enim par eademque ratio est debita sibi amittere, & lucra non capere. *l. ult. §. 2. in fin. C. de codicill.* Et cum testator potuisset omnino non legare, quidni & modum legato ponere possit? *arg. l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur.* sicut & satisdationem legati vel fideicommissi nomine remittere potest *l. pen. C. ut in poss. leg.* quod est notatu dignum; & ita est in Adversariis practicis Hogerbetii, vulgo *Papegaay-boek.*

CAP. XVII.

Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an vero tantum ut voluntas ultima intestati?

DISPOSITIONES testamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno modo ratione solennitatum, puta si pauciores, quam septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solennitatem ordinationis pertinet, omissum fuerit. *l. si unus. 12. l. hac consultissima. 21. in fin. pr. & §. 1. C. de*

1. *C. de testam.* altero modo ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet, morte interceptus, aut furore correptus sit, aut obmutuerit sive vox eum defecerit. *l. si is qui.* 25. *ff. qui test. fac. l. furiosum.* 9. *C. eod.* §. *pen. Inst. quib. mod. test. infirm.* Sive autem ob aliquem solennitatis sive ob voluntatis defectum testamentum imperfectum sit, constat tale testamentum inutile esse, ac ne jure quidem voluntatis intestati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem singulari placuit parentum testamenta, licet imperfecta sint, valere inter liberos. *l. hac consultissima.* 21. §. 1. & *auth. seq. C. de testam.* Cujus juris ratio hæc est, quod in parentibus cessat omnis fraudis & inductionis suspicio, atque ut illi optime sciunt, quid liberis eorumque singulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præsumi debent, bene prudenterque in singulorum persona disposuisse. Et quidem certi juris est, valere inter liberos testamentum parentis, quod imperfectum est propter omissionem requisitarum alias solennitatum. Sed quod imperfectum est ratione dispositionis & voluntatis, ex communi interpretum sententia nec inter liberos valet. *Clarus* §. *testament. quæst.* 9. *post Bart.* & *alios in d. l.* 21. §. 1. *C. de testam. Gail. lib.* 1. *obs.* 112. *n.* 14. quam sententiam & Cujacius probat in *l. si is qui.* 25. *ff. qui test. fac.* eo quod hic vitio aliquo heredum interrumpitur institutio. & *Fac. arg. in l. Lucius Titius.* 40. *pr. ff. de testam. mil.* Quod autem de cœpto testamento & nondum impleto dicitur in *l. ult. pr. C. famil. ercisc.* ad solennitates referunt: nempe si pater solemne testamentum condere voluerit & cœperit, licet solemnia postea adhibita non sint, nihilominus voluntatem sustineri. *Bart. in d. l. si is qui. Salic. in d. l. ult. post Gloss. ibid.* Atque ita ipse Constantinus verba sua in *pr. d. l. ult.* posita postea interpretatur, *etiamsi*, inquiens, *solennitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta.* Non est tamen sine ratione, quod Costalius in *l. si filia.* 20. §. *si pater.* 3. *ff. fam. ercisc.* communem sententiam sic temperat, ut si pater omnia inter liberos divisit, illa divisio rata habenda sit, quamvis forte de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quædam legare, morbo oppressus sit. *arg. d. l. si filia.* §. 3. Quod nec Diod. Tuldeno ad *Cod. d. testam. n.* 3. displicet: sed hoc in medio relinquimus. Extra controversiam igitur positum est, testamentum parentum inter liberos valere, etsi in eo solennitates jure communi requisitæ observatæ non fuerint. De eo autem non convenit, utrum talis parentum dispositio valeat jure testamenti, an vero duntaxat sustineatur, ut ultima voluntas intestati? Prius asserunt *Castrens. Alex. Jas. in d. l. hac consultissima.* 21. §. 1. *C. de testament.* quos sequitur *Gilken. ibid. n.* 9. *Bachov. ad Treutl. disput. de testament. thes.* 6. *litt. H.* & *DD. comm.* posterius *Ant. Fab. dec.* 35. *err.* 3. *Schiford. lib.* 2. *tract.* 11. fere per tot. *Fachin.* 4. *cont.* 4. allegans Glossam in *d. l. hac consultissima.* §. 1. quæ tamen ibi nihil tale affirmat: sed aperte contrarium tenet in *l. filii.* 16. *C. fam. ercisc.* Haud facile quid hic statuendum sit, judicare poterimus, nisi prius constitutiones omnes, quæ circa hanc rem scriptæ, evolverimus. Sunt autem in hanc rem constitutiones complures. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii.* 16. *C. fam. ercisc.* ubi jubent Imperatores, etiamsi judicium patris tam circa testamentum, quam circa codicillos deficiat, si tamen quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit, arbitrum familiæ erciscundæ voluntatem patris sequi, licet ei ab intestato succedatur. Secunda est Constantini in *l. ult. C. eod. tit.* in eandem sententiam. Sed Constantinus idem constituit, etiamsi liberi non sint in potestate, sed emancipati;

cipati; & licet non verbis, ſed quibuſcunque indiciis aut ſignis voluntatem ſuam pater declaraverit. Tertia eſt Theodoſii in *d. l. hac conſultiſſima.* §. *ex imperfecto.* 1. *C. de teſtam.* qui jus hoc ſingulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad aſcendentes utriuſque ſexus ἀνιόντας ἑκατέρας φύσεως, ut hæc etiam a Juſtiniano memorantur in *præfat. Nov.* 107. Quarta eſt Juſtiniani in *Nov.* 18. *cap.* 7. unde *auth. ſi modo. C. fam. erciſc.* quæ pertinet ad diviſionem factam per ſcripturam extra teſtamentum & codicillos puta per epiſtolam: cui ſcripturæ, ut rata ac firma ſit. Imperator vult ſubjici vel ipſius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio fit, ſubſcriptionem. Quinta & ultima eſt ejuſdem Principis in *Nov.* 107. *cap.* 1. & 2. unde ſumptæ ſunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici inſertæ ſunt in *d. l. hac conſultiſſima. auth. quod ſine.* & *auth. hoc inter.* ubi certam formam hujuſmodi parentum ſcriptis diſpoſitionibus Juſtinianus præſcribit, & priores Conſtantini & Theodoſii conſtitutiones uno atque altero caſu corrigit. Primum cavet, ne qualiſcunque ſcripta diſpoſitio inter liberos valeat, ſed ea duntaxat, quæ ſit ὁλογράμματος ſcripta plenis literis ſine ſignis aut abbreviaturis, & ſcripta aut ſubſcripta a parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus heredes inſtituuntur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Conſtantinus & Theodoſius plane excluſerant, iis legata & fideicommiſſa relinqui permittit: quo tamen caſu noluit ſufficere ſcripturam, niſi teſtes intervenerint. *d. c.* 1. *verſ. ſi tamen uxori.* quod ab Irnerio omiſſum in *d. auth. quod ſine.* Jam ut ad quæſtionem propoſitam, revertamur puto eos recte ſentire, qui imperfectam inter liberos parentum diſpoſitionem, valere exiſtimant jure teſtamenti, non autem tantum, & voluntatem inteſtati: utique ſi ponamus in tali diſpoſitione liberos etiam heredes inſtitutos eſſe, quia ſine heredis inſtitutione teſtamentum intelligi non poteſt. *arg. d. l. hac conſultiſſima.* 21. §. 1. *C. de teſtam.* & *d. Nov.* 107. *c.* 1. ubi talis parentum diſpoſitio, teſtamentum, διατύπωσις, διαθήκη, & parentes ita diſponentes διατιθέμενοι, teſtatores appellantur, atque in eo teſtamento heredes recte inſtituuntur. Omnis autem ſcriptura, qua heres recte inſtituitur, teſtamentum eſt. Nec obſtat, quod dicatur teſtamentum imperfectum: nam & teſtamentum militis imperfectum dicitur *l.* 2. *ff. de injuſto rupt. teſt.* ex quo tamen æque atque ex perfecto & ſolenni ſucceditur. Teſtamentum autem imperfectum factum a parente inter liberos & ipſum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed & ruſticanorum teſtamenta ſæpe imperfecta ſunt ratione numeri teſtium & ſubſcriptionis, quæ tamen ex privilegio vim cujuſque perfecti teſtamenti habent. *l. ult. C. de teſtam.* Quæ omnia argumento ſunt, non eo minus ex teſtamento jure ſpeciali legibus ſolennitatum ſoluto ſuccedi, quod imperfectum dicatur comparatum cum teſtamento ſolenni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali teſtamento & liberis prælegata, & ex conſtitutione Juſtiniani extraneis non modo fideicommiſſa, verum & legata relinqui poſſunt. *d. auth. quod ſine.* quæ tamen non niſi ex teſtamento valent. §. *præterea. Inſt. de fideic. hered.* Fortiſſimum autem hujus rei argumentum eſt, quod hujuſmodi teſtamentum parentis non rumpatur niſi alio teſtamento omnibus modis perfecto: imo niſi & poſterius perfectum fuerit, & parens ſimul teſtatus ſit ſe prius revocare. *d. Auth. hoc inter.* de quod vid. *Clar. d.* §. *quæſt.* 98. *Graſſ.* §. *Teſtament. qu.* 86. *Boer. Dec.* 240. *Coren. deciſ.* 39. *ſuprem. Cur. Holland.* Denique quod nimis

ab-

absurdum est, alias sequeretur patrem jure privilegiario non nisi codicillos inter liberos facere posse. Cæterum multa huic sententiæ obstare videntur. Primum quod ex ratione juris non videatur posse pro testamento haberi illa dispositio, quæ testium adminiculo non indiget: at sola scriptura quam patris esse constat, etiam sine ullo teste hic sufficit ex communi & vera opinione. *Gail.* 2. *obs.* 112. Sed hoc leve est: nam testamentum non ex eo dicitur, quod coram testibus fiat, sed quod sit mentis & voluntatis nostræ ultima testatio. Explosione profecto dignus esset qui sic argumentaretur, non est necesse, ut in testamento militis per scripturam testantis ulli testes adhibeantur, ergo talis dispositio militis non videtur esse testamentum. Secundo objicit Ant. Faber, quod in hujusmodi imperfecto testamento non possunt liberi exheredari. Sed nusquam hoc scriptum est, & communis opinio est in contrarium teste Claro *d.* §. *testamentum. quæst.* 13. Demus tamen esse verum, non posse scilicet liberos in tali testamento exheredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicasse dicitur, quid tum postea? In exheredatione apud nos requiritur, ut testes sint Scabini, an ideo dispositiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus testibus non Scabinis, non valebunt, ut testamenta? Tertio huic sententiæ objicitur *l. hac consultissima.* 21. §. *si quis autem.* 3. *C. de testament.* ubi si cum in priore testamento perfecto scripti sunt extranei, in posteriore autem imperfecto, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet quidem infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tantum tanquam ultimam voluntatem intestati. Respondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longe plenius est, quam agnatorum, illationem fieri posse. Imo ex contrario, cum in casu *d.* §. *si quis autem.* Theodosius expresse sanciat, ut posterior imperfecta scriptura non quasi testamentum, sed tantum quasi voluntas ultima intestati valeat, recte colligas, voluisse eum imperfectam parentum voluntatem, de qua agit in *d. l.* 21. §. 1. valere quasi testamentum, quoniam eam valere & tenere vult absolute & simpliciter. Postremo objiciuntur constitutiones duæ. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii.* 16. *C. famil. ercisc.* cujus hæc est sententia. Si pater neque testamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, sed in iis judicium suum circa rerum divisionem deficiat: si tamen quibuscunque verbis voluntatem suam declaravit, quoad bonorum inter liberos divisionem, hanc patris voluntatem, licet ab intestato ei succedatur, judicem familiæ erciscundæ sequi oportere. Sic enim verba, *si tam circa testamentum, quam codicillos judicium ejus deficiat*, accipienda sunt, non ut cum Glossa & plerisque aliis ea accipit Gothofredus, quasi scriptum esset, si solennitates in testamento aut codicillis requisitas pater non observavit. Nam codicilli nullam solennitatem desiderant. *l.* 6. §. 1. *ff. de jur. codicill.* §. *ult. Inst. eodem.* & demum longe post tempora Diocletiani aliqua desiderari cœpit a Theodosio. *l. ult.* §. *ult. C. eod.* nec tam voluntas aut judicium deficiente aliqua solennitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illic Imperatores de divisione hereditatis obventuræ inter liberos facta a parente intestato vel extra testamentum, quod sæpe & convenienter juris auctoritati fieri solebat. *l. si filia.* 20. §. *si pater.* 3. *ff. fam. ercisc. l. parentibus.* 8. *C. de inoffic. testam.* ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam postrema constitutionis verba ostendunt, dum

ajunt hoc ipſum, quod conſtituunt, etiam juris auctoritate ſignificari, optime Gudelinus *l. 2. de jur. nov. c. 4. circa fin.* Nihil igitur eſt in ea conſtitutione, quod noſtræ & communi ſententiæ obſtet: non illa verba: *licet ab inteſtato ei fuerit ſucceſſum*, quæ Fachinæus & Ant. Faber urgent. Tunc enim patri ab inteſtato ſucceditur, cum teſtamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera conſtitutio, quæ objicitur, eſt illa Conſtantini in *l. ult. C. fam. erciſc.* ex qua conſtitutione etiam eo caſu, quo pater inter liberos teſtatus eſt, ſed diſpoſitione imperfecta, qui caſus in principio ponitur, non aliter quam ab inteſtato ſuccedi videtur, arg. verb. *licet ab inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur*, & quia hic etiam paterna illa diſpoſitio non vi propria, ſed externa, nempe officio arbitri familiæ erciſcundæ ſuſtinetur. Reſpondent plerique cum Accurſio verba illa, *licet ab inteſtato.* &c. referenda eſſe ad caſum, quo pater aut codicillos tantum fecit, aut per epiſtolam, vel quibuſcunque verbis indiciiſve voluntatem ſuam ſignificavit. Et quidem eo commode referri poſſent, ſi ipſo jure aut vi paternæ diſpoſitionis voluntas patris effectum ſortiretur: ſed quia non niſi ope judicis familiæ erciſcundæ voluntas patris exitum habere poteſt, quod eſt argumentum eam voluntatem non valere ipſo jure. *l. 2. C. de inoff. donat.* melius eſt, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum eſſe primum conſtitutione Theodoſii. *d. l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. C. de teſt.* deinde & quidem maxime conſtitutione Juſtiniani *Nov.* 107. *c.* 1. quibus diſerte cavetur, ut voluntas parentum liberos ſuos imperfecto teſtamento inſtituentium teneat ac rata ſit ſimpliciter, ac proinde ipſo jure ſine ullo adminiculo externo. Ex his, ut opinor, occurri poterit & cæteris, quæ forte huic ſententiæ ab aliis objiciuntur.

CAP. XVIII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta diſpoſitio inter liberos ex privilegio valeat?

NON ignobilis quæſtio eſt, an ut ſcripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus teſtibus, aut paucioribus utique, quam ſeptem jure ſingulari valeat & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus gloſſator, cujus ſententiam ex veteribus ſecuti Fulgoſius & Salicetus in *auth. quod ſine. C. de teſtam.* Cæteri vero interpretes tam veteres, quam recentiores in contrarium iverunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini cauſam a cæteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifico, appellat, deſertam rurſus ſuſcepit, atque acriter ſpecioſis argumentis defendit. *dec.* 35. *err.* 4. *& dec.* 36. *err.* 9. Sed videamus, an tam abſona, ut Faber putat, a ratione juris conſtituti, omnique legum auctoritate deſtituta ſit illa interpretum communis ſententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos diſpoſitionem ſubſiſtere. Unum autem in effectu argumentum eſt, quo Faber hanc ſententiam oppugnat, nempe quod, ut ille ait, leges omnes & conſtitutiones, quæ circa parentum diſpoſitiones non ſolennes promulgatæ ſunt, tantum loquantur de ſcriptis parentum voluntatibus. *l. ult. C. fam. erciſc. l. hac conſultiſſima.* 21. *§. ex imperfecto. C. de teſtam. Nov.* 107. *cap.* 1. unde ſumpta *auth. quod ſine. C. d. tit.* Quod attinet ad illam novel-

novellam Juſtiniani conſtitutionem, fateor verum eſſe, quod dicit: neque enim forma, quæ illic præſcribitur, convenit voluntati ἀγράφῳ. ſed cur de non alia quam ſcripta parentum voluntate ibi agat Juſtinianus, poſtea intelligetur. Sed & forte etiam Theodoſius in *d.* §. *ex imperfecto*, per teſtamentum imperfectum non aliud intellexit, quam quod per ſcripturam factum eſt, quoniam non de aliis, quam de ſcriptis teſtamentis in principio conſtitutionis locutus fuit: quanquam hujuſmodi collectiones præſertim in reſcriptis Principum non ſunt neceſſariæ: atque ut id quod dicitur in *d.* §. *ex imperfecto.* aliorum teſtamenta imperfecta non tenere, generaliter verum eſt, ſive ſcripta ſint ſive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi poteſt & debet; ſic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum teſtamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & ſine exceptione intelligi poteſt. Et forte ideo Theodoſius poſtea, cum de teſtamentis nuncupativis tractat, nullam ſubjicit exceptionem. Sed neque ex *l. ult. C. fam. erciſc.* quæ Conſtantini eſt, conſtans & firmum argumentum pro Martini ſententia deduci poteſt. Etenim ex eo, quod Conſtantinus meminit epiſtolæ & cujuſcunque ſcripturæ, minime ſequitur voluntatem parentum ſine ſcriptura verbis apud teſtes declaratam ratam non eſſe. Prius enim & teſtamenti meminit & codicillorum, quæ utique & ſine ſcriptura fieri poſſunt. Neque illa Conſtantini verba, *ſive quocunque alio modo ſcripturæ, &c.* reſpiciunt totum antecedens, ſed proximum duntaxat, & illa, *ſeu epiſtola parentis*, &c. ut hic ſit ſenſus, ſive non teſtamentum aut codicilli, ſed tantum epiſtola parentis relicta inveniatur, ſive quodlibet aliud ſcriptum, quo vel verbis, vel quibuſcunque indiciis voluntas parentis ſignificetur. Et utique non eſt veriſimile eum, qui vult ſubſiſtere voluntatem patris quocunque ſcripto & quibuſcunque indiciis declaratam, nolle ſervari voluntatem patris verbis coram teſtibus nuncupatam, licet paucioribus quam ſeptem; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittat, ὡς ἐμάντεων μᾶλλον, ἢ ἑρμηνέων ταῦτα προσδεῖσθαι, ut Juſtinianus loquitur in *d. præfat.* eum manifeſta velle rejicere. Poſtquam ſatis ſibi probaſſe viſus eſt Antonius Faber, ex ſolo teſtamento imperfecto, quod per ſcripturam a parente factum eſt, voluntatem inter liberos cuſtodiri, non autem ex eo, quod factum eſt per nuncupationem hujus diverſi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc attulit, ut omnis falſi comminiſcendi ratio præripiatur: multa enim eſſe in jure noſtro, quorum probatio per ſcripturam permiſſa, per teſtes prohibita, quaſi ſemper minus ſuſpecta ſit probatio, quæ fit per qualemcunque ſcripturam, quam quæ per teſtes, licet omni exceptione majores: quod minime ei concedendum eſt. per *l. in exercendis.* 15. *C. de fid. inſtrum.* & conſtat quam fallax ſit probatio per comparationem literarum. *l. comparationes.* 20. *C. eod.* quam facilis alienæ manus imitatio, & maxime ſi ſcriptor uſus ſit notis quibuſdam aut ſignis, qualis tamen parentum ſcriptura ex lege Conſtantini inter liberos rata eſt.

Denique ſi vera eſt illa Antonii Fabri ratio, cur æque in teſtamento ſcripto teſtes jure communi requiruntur, & non pauciores, quam in nuncupativo? Verum quidem eſt, nullorum magis intereſſe, quam ipſorum parentum, ne falſum pro vero eorum judicio ſubjiciatur: ſed male inde colligit Faber, ex eo eſſe, quod ſcripto eorum judicio ἀμαρτύρῳ plus tribuatur, quam nuncupato coram teſtibus. Quin ex eo ipſo loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *l. Divus.* 24. *ff. de teſtam. milit.* ubi militibus non minus conceditur heredem nuncupare citra ſolennitatem, dummodo teſtes aliquot adhibeat, quam ſcribere nullo teſte adhibito, quamvis non aliorum magis,

quam ipſorum quibus id privilegium datum eſt, intereſſe dicatur, ne quilibet militis ſermo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipue eſt, quod hic nobis objici poſſit, nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expreſſe non minus qualiſcunque nuncupata parentum voluntas, quam ſcripta, inter liberos cuſtodiri jubetur. Ecce igitur tibi etiam textum in hanc rem expreſſum in *l. filii.* 16. *C. fam. erciſc.* ubi Diocletianus & Maximianus diſerte jubent judicem familiæ erciſcundæ voluntatem patris quibuſcunque verbis, etiam extra teſtamentum aut codicillos declaratam ſequi: ac proinde non modo ſcriptam, verum etiam lingua nuncupatam. Inſequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, ſed auxerunt, excepto eo, quod Juſtinianus voluit, cum per ſcripturam parentes teſtantur, voluntatem eorum ſcribi δι᾽ ὅλων γραμμάτων, ut ipſe loquitur in *d. Nov.* 107. *c.* 1. οὐ τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν, quod Conſtantinus permiſerat. Atque hinc illud etiam apparet, eſſe in objectione Antonii Fabri inſufficientem partium ſeu legum enumerationem. Jam quod attinet *d. Nov.* 107. facile ex præfatione, qua utitur Juſtinianus, colligitur; eam ſolum accipiendam eſſe de parentibus, qui ſcripto inter liberos teſtari volunt. Nam diſerte illic profitetur, ſe in veteribus legibus, quæ ſunt de imperfecto parentum teſtamento, illud reprehendere, quod ſcripturas quaſvis admiſerint, etiam in quibus voluntas teſtatoris manifeſta non eſt, μὴ ἐναργὴς καὶ ἀσαφὴς quæ tantum τεκμηρίοις conjecturis quibuſdam & indiciis nitatur, notans præcipue conſtitutionem illam Conſtantini in *d. l. ult. C. fam. erciſc.* & talem ſcripturam διὰ τὸ ἀσαφὲς, propter incertum voluntatis improbans. Cum autem in ſcriptura ſolum hæc ἀσάφεια metuatur, ubi res notis ſcribi poſſunt, verba truncata eſſe, res partim a teſtatore ſcripta, partim ab alio, ad ſcripturam etiam ſolum conſtitutionem ſuam retulit Juſtinianus. In teſtamento vero nuncupativo nihil mutavit, cum nihil tale metuendum ſciret, ubi nullæ ſunt notæ, unus tantum loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidiata, ſed plena voluntas pronuntiatur. Hæc ſententia ut eſt communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. vide *Clar.* §. *teſtamentum. quæſt.* 1. *Graſſ. eod.* §. *quæſt.* 16. *Grot. lib.* 2. *introd. cap.* 17. *Sand. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 7. quod & ipſe Antonius Faber ultro fatetur.

CAP. XIX.

An teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis ſolennitas?

TESTATOR ibi teſtamentum fecit, ubi coram duobus teſtibus & notario teſtari licet, ut in hac noſtra Batavia. Quæritur an tale teſtamentum valeat etiam in iis locis, ubi major deſideratur ſolennitas, & verbi cauſa teſtes ſeptem, ut in Friſia, ubi ſequuntur jus civile Romanorum. Affirmant DD. *comm. in l.* 1. *C. de ſumm. Trinit. Vivius* 1. *opin.* 36. & ſecundum hanc ſententiam ſæpiſſime judicatum. *Guid. Pap. deciſ.* 262. *Teſſaur.* 2. *quæſt. for.* 8. *Mynſing.* 5. *obſ.* 19. & 20. *Gail.* 2. *obſ.* 123. *Joann. a Sande lib.* 4. *rer. jud. tit.* 1. *defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium eunt, & in quæſtione propoſita ſic diſtinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda ſit communis ſententia: at circa res ſoli ſpectandum jus ejus loci, in quo ſitæ ſunt. quip-

quippe res mobiles, quoniam ubicunque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis. *arg. l. ult. ff. de jurisd. l. ex ea. 9. ff. de postul. l. 4. C. de jur. fisc.* ita *Mansuer. in sua prax. tit. de succes. Nincl. Burgund. ad consuet. Flandr. tract. 6. Christin. vol. 2. decis. 3. & seqq. Bus. ad l. 6. ff. de evict. Diod. Tuld. in breviar. ad C. tit. de testam. n. 5.* Mihi prior sententia probabilior videtur, & errare posteriorem sequentes in eo, quod existimant etiam eas testamentorum leges, quæ ad solennitatem ordinationis pertinent, afficere rem ipsam, de qua disponitur: in quo aperte falluntur; cum utique multum intersit inter formam seu ritum disponendi, & rem ipsam, quæ subjectum est dispositionis, seu id, de quo fit dispositio. Omnino enim in universum plurimum refert, utrum statutum quid constituat circa actus alicujus solennitatem, an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ statuta in rem concipiuntur, rem ipsam haud dubie afficiunt, ut ubicunque fit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Qualia sunt, quæ de successionibus ab intestato disponunt. *Schurff. cent. 1. consil. 6. n. 1. & 2. Gail. 2. obs. 124. n. 4. & seqq.* Sic apud nos, licet quantum ad res mobiles servetur jus successionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen soli custoditur jus ejus loci, ubi sitæ sunt. *Grot. lib. 2. introduct. 26. in fin.* Eodemque jure censenda sunt & statuta, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filiisfam. permissum esse de bonis maternis cæterisque adventitiis testamentum condere, ut in plerisque locis Belgii. *Leonin. lib. 6. emend. c. 3. in fin. Perez. ad tit. C. qui testam. fac. n. 9.* Hoc testamentum non valebit iis in locis, ubi filiusfam. jus faciendi testamenti non habet, sicut in Frisia, ubi etiam cum obtinet jus civile. *Sande d. lib. 4. defin. 1. add. Gail. d. lib. 2. obs. 124. Gomez. ad l. 3. Tauri. n. 20.* Quibus autem statutis aliquid cavetur, quod ad actus solennitatem duntaxat pertineat, cum ea neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed formam solummodo actus, qui fit in loco statuti aut consuetudinis, rationi & juri magis consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita: quoniam cum actuum solennia ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. C. quemad. test. aper. l. 9. l. ult. C. de test.* consequens est, ut actus secundum jus & consuetudinem loci recte & legitime perfectus ubique vigorem suum obtineat, & ejus juris, cui persona testatoris subjecta est, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius sunt accessio. Ac videtur testamentum in hoc sapere naturam contractus Utique hoc posito, quod nemo negat, testamentum valere, rationis est, ut ex eo quoque universa bona heres consequatur, cum titulus ex testamento sit universalis & individuus. Et alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, cum ex contrario testamentum unius tantum unum esse possit; aut quod absurdum est, unum idemque testamentum diverso solennitatum jure instruendum esset, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversorum locorum placita aut mores dijudicare oporteret. *Peck. de testam. conjug. lib. 4. c. 28. in fin. Sande. defin. 14.* ubi etiam prudenter temperat novam distinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco testantem secundum consuetudinem illius loci. Ad ea, quæ objiciuntur, facilis responsio est. Quale est illud, quod cum statuta sint localia, ibi cessat jurisdictio statuentium, ibi & cessare debeat statuti dis-

diſpoſitio, juxta vulgatum illud, extra territorium jus dicens nihil agit. *l. ult. ff. de juriſd.* Negamus enim eos, qui circa actus teſtamentarii ſolennitatem aliquid ſtatuunt, obſervandum in territorio ſuo, etiamſi ille actus ita celebratus alibi quoque valere debeat, dici poſſe propterea jus dixiſſe aut ſtatuiſſe extra territorium. Contractus & cæteros actus celebratos in loco ſtatuti ſecundum formam a ſtatuentibus præſcriptam, ubique vim habere conſtat: nemo tamen eſt, qui ex eo colligit, tale ſtatutum egredi juriſdictionem ſtatuentium: quia quod alibi quoque hujuſmodi actus valeant, non niſi ex conſequentia quadam fit, non autem directo vi ipſius ſtatuti, quod tantum diſponit de eo quod ad juriſdictionem ſtatuentium pertinet. Et hoc eſt, quod Salicetus in *l.* 1. *C. de ſumm. Trinit.* ait, ſtatutum concernens ſolennia teſtamenti non diſponere de bonis principaliter, ſed tantum ſufflare ſpiritum in teſtamentum illud validando. Ex eo autem, quod a Papiniano in *l.* 9. *ff. de Poſtul.* reſponſum eſt, eum, qui prohibitus eſt, pro alio poſtulare ex cauſa, quæ infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro aliis poſtulare non poſſe in qua præſes fuit, qui ſententiam dixit, in alia vero poſſe, quid argumenti magis contra, quam pro communi ſententia elici poſſit, ego non video: ſicut nec ex eo, quod conſtituitur in *l.* 4. *C. de jur. fiſc.* ut prædia τῶν μετοίκων in fiſcum redigantur, quæ habebant prius quam demigrarent, nec ante ab eis diſtracta ſunt; niſi ſpecialiter id eis Princeps conceſſerit, ut ea ſibi poſſent retinere: ut tamen non arceantur a ſucceſſione parentum, quos in ea civitate, unde migrarunt, reliquerunt. Quid enim, quæſo, hæc ſpecies commune habet cum illa noſtra initio propoſita? Plane ſi lex expreſſe jubeat teſtatores ſequi ejus loci jus, in quo bona ſita ſunt, aliud dicendum eſt. Talis eſt conſtitutio Principum Brabantiæ emiſſa anno 1611. cujus meminerunt Chriſtinæus & Tuldenus *ubi ſupra. Perez. in Cod. de teſtam. n.* 21.

CAP. XX.

An liberis ſuis heredibus præteritis a patre totum teſtamentum ſit ipſo jure nullum etiam hodie poſt Novell. 115. *c.* 3?

INTERPRETES vulgo ex eo, quod *auth. ex cauſa. C. de lib. præter.* generaliter & indiſtincte ab Irnerio concepta eſt hoc modo: *Ex cauſa exheredationis vel præteritionis irritum eſt teſtamentum, quantum ad inſtitutiones: cætera namque firma permanent*: colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale teſtamentum ab initio nullum ſit etiam jure noviſſimo, tamen hoc jure duntaxat nullum eſſe, quoad inſtitutionem, non quoad cætera capita, puta legata, fideicommiſſa, &c. atque hactenus etiam in propoſito jus vetus relatum in *l.* 1. *l. filio præterito.* 17. *ff. de injuſt. rupt. teſt.* mutatum eſſe. *Bart. in d. auth. n.* 3. *Covar. in c. Rainutius, ext. de teſtam.* §. 6. *n.* 3. *& ſeqq. Clar.* §. *teſtamentum. quæſt.* 52. *Graſſ. in dict. legatum. quæſt.* 67. *n.* 2. *Gail.* 2. *obſ.* 113. *Fachin.* 6. *contr.* 77. *Bronch. cent.* 3. *aſſert.* 29. uſque adeo, ut contendant irrito facto teſtamento, ſic enim loquuntur, ex cauſa præteritionis paterne, legata & fideicommiſſa actione ex teſtamento peti poſſe, quaſi etiam tale teſtamentum jure noviſſimo valeat pro his, quæ in eo relicta ſunt. *Gail. d. obſ.* 113. *in fin. Donell. in d. auth. ex cauſa. n.* 12. *Duar. ad tit. de injuſt. rupt. irrit. teſt. c.* 2. *Fachin.* 4. *contr.* 10. Sed quantum ego judicare poſſum, omnino male & perperam. Nam, ut hoc primum dicam

non

non bene Irnerius *d. auth. ex causa.* his verbis concepit: *Ex causa exheredationis aut præteritionis irritum est testamentum*, &c. cum dicere debuerit, testamentum irritum constituitur, aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Justinianus in tota illa sua constitutione *Nov.* 115. *c.* 3. *&* 4. unde decerpta est *d. auth. ex causa.* tantum agat de testamentis, quæ ipso jure valent, & ex quibus adiri potest hereditas; sed quæ postea propter iniquam exheredationem vel præteritionem judicio de inofficioso rescindi possunt; non de iis, quæ ab initio nulla sunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat ἀκυροῦσθαι, irritum constitui, ἀνατρέπεσθαι subverti, rescindi: quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio constiterunt. Quippe irrita fieri aut rumpi ea demum dici possunt, quæ cum antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Quæ autem nunquam constiterunt, sive quæ ab initio non jure facta sunt, irrita quidem esse recte dicimus, at non irrita constitui aut fieri: in quam rem a nostris allegatur *l.* 5. *ff. de injust. rupt. test.* § *hoc autem.* 5. *Inst. quib. mod. test. infirm.* Cum itaque Justinianus non dicat, τῆς διαθήκης μηδεμίας οὔσης, testamento non subsistente, sed τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, testamento infirmato, aut irrito reddito. *c.* 3. *in fin. d. Nov.* 115. ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, subverso testamento. *c.* 4. §. εἰ τὰς τοιαύτας. Non debuit Irnerius dicere ex causa exheredationis aut præteritionis irritum esse testamentum, sed irritum constitui, aut rescindi. Sed etsi verba constitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem constitutione caventur, verum esse arguunt, quod dicimus Justinianum de iis solummodo testamentis agere, quæ ipso jure consistunt, & ex quibus adiri possit hereditas. Quomodo enim aut quando scripti heredes, quod nominatim iis injungitur, exheredationis causam a testatore expressam probare possent, si ipsi non essent heredes, aut quomodo heredes esse possent sine aditione, aut denique adire ex eo testamento, quod constet ipso jure nullum esse? Utique non ante vel aliter testamentum pro everso aut rescisso haberi vult Justinianus, quam si scripti heredes querentibus exheredatis exclusi sint a probatione causæ ingratitudinis, sive quod testator ipse nullam allegaverit, sive allegaverit aliquam, quam heredes probare non potuerunt. Evincit hoc idem & accurata illa causarum ingratitudinis in *d. Nov.* 115. *c.* 3. definitio. De his enim causis apud centumviros, in judicio querelæ inofficiosi solum inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis testamentis Justinianum agere, quam quæ inofficiosa argui, & per querelam everti possunt; & consequenter non de aliis, quam quæ ipso jure valent: quale non est testamentum patris, in quo liberi præteriti: hoc enim ab initio ipso jure nullum & inutile est *l.* 7. *ff. de lib. & posthum. l.* 1. *ff. de injust. rupt. test.* adeo, ut nec ex postfacto aut lapsu temporis unquam convalescat. *pr. Instit. de exher. lib. l.* 7. *ff. de lib. & posthum. l.* 1. *ff. de injust. rupt. testam.* Denique quod pro parte tantum rescinditur, necesse est in totum ab initio constitisse. Nihil igitur Justinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: nisi quis dicat, quod quibusdam visum est. Justinianum omnem præteritionem exæquasse exheredationi, sublato veteri discrimine præteritionis paternæ & maternæ. Sed hoc Justiniano propositum fuisse nequaquam credendum est. Cur enim, si hoc discrimen & jus vetus tollere voluit, id non expressit, uti fecit antequam causas ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? nec enim unquam solet Justin. quicquam mutare ex jure antiquo sine præfatione & commemoratione causæ,

qua impulsus id faciat. Animadvertere illi debuerant Justinianum in *d. Nov.* 115. *c.* 3. non aliter loqui, quam in *pr. Inst. de inoff. test.* aut quam Marcellus loquitur in *l.* 3. *ff. eod. tit.* Sancit enim non licere patri vel matri liberos suos exheredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire, quemadmodum in *d. pr.* & *d. l.* 3. alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod Justinianus in *d. Nov.* 115. *c.* 5. aperte profitetur hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exheredationis & præteritionis a liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie est, quæ vel exheredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exheredationis habet. *l. Papinianus.* 8. *in pr. ff. de inoff. test. l.* 4. *vers. quod si fuisset. circa med. C. de lib. præter.* Nam etsi a patre quoque præteritis injuria inferebatur, non inferebatur tamen cum effectu: quippe cum ex ea causa testamentum patris prorsus inutile & nullius momenti esset. Exheredatis autem a patre, aut etiam præteritis a matre cum effectu inferebatur injuria: quæ quanquam vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quocunque titulo liberis, quantumvis obsequentissimis, relicta fuerat, injuria illa manebat. §. *sed hæc.* 3. *Inst. de inoff. testam.* cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel heredes institui, vel exheredari addito elogio. Cæterum quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione heredis, sufficere etiam ei visum fuit institutionem solam rescindi salvis cæteris testamenti capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum ab initio nullum est. Omnino enim explodendus est eorum error, qui putant filium etiam non rite a patre exheredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse, Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in potestate, testamentum ipso jure nullius fuisse momenti? Nec vero eo minus pro præterito habebatur, aut nullum erat testamentum, quod quarta debitæ portionis aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exheredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque heredes instituti erant, neque ut oportet exheredati. §. *eadem.* 12. *Inst. de hered. quæ ab intest.* Quod vero Ulpianus *l.* 8. §. *si quis.* 6. *ff. de inoff. test.* ait secure eum testari, qui mortis causa quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu filium præterire, sed posse secure exheredare hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Sed neque pertinet *d. Nov.* 115. *c.* 3. ad ea testamenta, in quibus liberi posthumi aut emancipati a patre præteriti sunt, quamvis illa jure subsistant: nam istorum nativitate testamentum rumpitur ipso jure & in totum infirmatur; his præteritis per contra tabulas bonorum possessionem evertitur. §. 1. & §. *emancipatos.* 3. *Inst. de exher. lib.* ut proinde nec hic querelæ, de qua una in *d. Nov.* agitur, sit locus: quippe quæ non datur, ubi alio jure ad hereditatem parentum liberi venire possunt. §. 2. *Inst. de inoff. testam.* Nec quicquam ex hoc jure expresse mutatum reperitur. Quamobrem cum, ut satis abundeque demonstravimus, tota sanctio Justiani in *d.* *Nov.*

Nov. 115. *c.* 3. spectet liberos, quibus ab hereditate patris exclusis nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, sed tantum una querela inofficiosi testamenti; ex causa autem præteritionis paternæ testamentum vel ipso jure nullum sit, vel rumpatur agnatione sui heredis, aut data bonorum possessione contra tabulas evertatur, in universum dicendum est, non ad alios liberos eam Justiniani constitutionem pertinere, quam qui legitime a patre sunt exheredati: nec potest ea produci ad præteritionem paternam sine insigni liberorum, quibus consulere voluit Justinianus, læsione. Matris autem præteritio pro exheredatione semper reputata fuit. Ac proinde liberi a matre præteriti neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare possunt, non magis, quam a patre exheredati: sed his unicum tantum adminiculum superest, videlicet querela in officiosi testamenti. §. *ult. Inst. de exher. lib. l.* 8. *pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatam fuisse testantur *Bart. & Jas. in d. auth. ex causa.* quos secuti *Cujac. in l. filio.* 17. *ff. de injust. rupt. test. Govean. in l.* 1. *ff. de vulg. & pup. Ant. Fab. lib.* 9. *conject.* 14. *& dec.* 20. *err.* 4. *Gilken. in d. auth. n.* 1. *& seqq.*

Sunt, qui interesse existimant, utrum præteritio facta sit a patre ignorante sibi liberos superesse, an a sciente: illo casu totum testamentum irritum esse, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa salva manere, quæ sententia præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit. *Ant. Fab. Cod. suo for. de lib. & posthum. defin.* 1. *Christin. vol.* 4. *decis.* 9. & probatur Diod. Tuldeno in *comment. Inst. de inoff. test. c.* 1. In hisce autem regionibus passim necessitatem exheredandorum liberorum, si heredes non instituantur, non agnoscimus, utpote quæ suorum tantum heredum propria est, quales heredes nos non habemus: sed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exheredatione habetur, exemplo militarium testamentorum. §. *sed. si* 6. *Inst. de exher. liber.* Intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exheredatio aut præteritio facta proponatur. *Gudelin. lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 5. *Grot. lib.* 2. *introd. c.* 18. *Christin. vol.* 4. *decis.* 20. *n.* 8. *Groenew. tract. de legib. abrog. ad tit. Inst. de exher. lib. in pr.*

CAP. XXI.

Utrum si exheredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Nov. 115. *nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela sit opus?*

ELEGANS quæstio est, utrum si exheredatio facta sit omisso elogio, id est, sine expressione causæ ingratitudinis, testameutum ex constitutione Justiniani *Novell.* 115. *c.* 3. *&* 4. nullum sit ipso jure, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. In hac quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exheredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cum exheredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis, re-

relata a Glossa in *l.* 5. *ff. de inoff. test.* probata plerisque interpretibus in *auth. ex causa. C. de lib. præt. Clar.* §. *testamentum. quæst.* 40. *Gomez.* 1. *resol.* 11. *Covar. in c. Rainutius. p.* 1. *n.* 7. *c.* 16. *Wesenb. par. de inoff. test. n.* 7. & late defensa a *Bach. ad pr. Inst. eod. tit.* Cæterum, ut plurimis hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minime consentaneam: & sane, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumve exheredationis pertinent; sed tantum de causis, ob quas facta exheredatio, juste vel injuste facta intelligatur. At injustitia exheredationis non vitiat testamentum ipso jure. Quamobrem nos contra sic statuimus, etiam post *dict. Nov.* 115. dummodo liberi, quicunque erunt, rite sint exheredati secundum formam juris prioris, scilicet nominatim, pure, simpliciter, quamvis aut nulla sit causa exheredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exheredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Vide enim, quæso, quæ superiori sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit etiamsi præteriti sint liberi emancipati; etiamsi præteriti sint sine elogio, qui nunquam in potestate fuerint; ut posthumi exheredati nativitate rumpatur ipso jure testamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exheredatio nullius momenti sit; denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis sui heredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. *emancipatos.* 3. *item* §. *sed hæc quidem.* 5. & §. *ult. Inst. de exher. liber.* Delentur ferme in totum *titt. ff. C. & Inst. de inoff. test.* Quis vero credat tot capita juris veteris a Justiniano tacite abrogata, qui nunquam solet quicquam de jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. Nov.* 115. *c.* 3. circa fin. & *c.* 4. §. *si tales.* 9. ubi cum jussisset Imperator, si exheredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent scripti heredes, firmum manere testamentum, sive, ut ipse loquitur ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύι διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι quæ de iis tantum prædicari solent, quæ ab initio constiterunt. Quo vero remedio evertetur? Non alio haud dubie, querela inofficiosi, quæ una exheredatis, aut præteritis ea præteritione, quæ vim exheredationis habet, supererat. Arguit hoc diligens illa causarum ingratitudinis, de quibus in judicio querelæ agitur, enumeratio & definitio, quæ causam novæ constitutioni dedit. Adhæc, si dicimus liberis omnibus sine elogio exheredatis aut præteritis testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed extraneis etiam defuncti heredibus legimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hereditatem adierint, mortuis, hereditas defuncti ab intestato perventura sit exclusis scriptis heredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis duntaxat prospectum voluit, ne his noceret exheredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento heredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere, unique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exheredati aut præteriti ob difficultatem probandi se sem-

ſemper officioſos fuiſſe, parentum hereditate exciderent. Cum ergo duplicem effe- ctum jure veteri exheredatio habeat, unum hunc, ut abſolvat teſtamenti ſolennitatem, ut ne nullum ſit ob præteritionem, ad quod ſufficit rite factam eſſe quamvis injuſta ſit: alterum, ut exheredatum ſummoveat ab hereditate, ad quod inſuper exigitur, ut facta ſit juſtis de cauſis: poſteriorem tantum effectum reſtringere voluit Juſtinianus, priore in ſuo ſtatu relicto. Sive igitur nulla cauſa a teſtatore expreſſa ſit, ſive aliqua, quæ tamen non ſit ex iis, quæ *d. Nov.* 115. *c.* 3. continentur, aut ex iis quidem ſed in cujus probatione heres deficiat, utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioſo hodieque aget & poſtulabit, ut teſtamentum reſcindatur, reſque redigatur ad cauſam inteſtati: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, ſi liberi præteriti ſint ab iis parentibus, quorum præteritio pro exheredatione eſt, ut matris & avi materni, licet cauſa adjecta non ſit. Falſum enim eſt quod plerique pro vero nobis obtrudunt præteritionem maternam pro exheredatione amplius non haberi, ſed ex hac cauſa non minus nullum eſſe teſtamentum, quam ſi pater præteriiſſet, niſi præteritione additum ſit elogium: quippe qui contra rationem juris neceſſitatem exheredandi illic introducunt, ubi non eſt ſuitas. *l.* 11. *ff. de lib. & poſth. l.* 4. §. 2. *ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Proinde nihil quoque intereſt parentes a liberis exheredati ſint, an præteriti: nam hæc in linea adſcendentium nihil differunt. Ita concludimus cum *Fulgoſ. & Don. in d. auth. ex cauſa. Duar. c.* 3. *ad tit. de inoff. teſt. Vigl. ad rubr. Inſt. eod. Cujac. ad Nov.* 18. *Vaſq. lib.* 2. *de ſucc. creat.* §. 20. *n.* 162. *& ſeqq. Fachin.* 4. *controv.* 9. *Gudelin. lib.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 4. *Perez in Cod. tit. de lib. præt. n.* 13.

Argumenta diſſentientium non ſunt talia, quin his facile ex iis quæ jam dicta ſunt, occurri poſſit. Primum eſt, quod exheredatio non rite facta pro præteritione habetur. *l* 8. §. 2. *ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Eſto, ſed falſum eſt, quod aſſumunt, exheredationem ſine elogio factam rite factam non eſſe, petuntque hic ſibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ ſupponentes in exheredatione omiſſo elogio facta leges & ritum exheredationis obſervata non eſſe: quod eſt πρῶτον ψεῦδος. Nam, ut ſupra demonſtravimus, in tota illa *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. nihil cavetur de alia ſolennitate aut de alio ritu in exheredatione obſervando, quam qui prioribus legibus præſcriptus fuit, nempe ut pure, ut nominatim, ut a tota hereditate & ab omnibus gradibus liberi exheredentur. *l.* 3. §. 1. *& ſeqq. l. cum quidem.* 19. *ff. de lib. & poſthum l. ſed ſub.* 18. *ff de bon. poſſ. cont. tab.* §. *ſed hæc.* 5. *Inſt. de exher. lib.* ſed tantum proclivior via ſternitur ad querelam inofficioſi teſtamenti, ubi exheredatio rite quidem facta eſt, ſed injuriam habere videtur. Non obſtat, quod Juſtinianus expreſſe jubet cauſam ingratitudinis teſtamento inſeri: nam idem, ſi inſerta non ſit, non vult teſtamentum ipſo jure nullum eſſe, ſed vult illud reſcindi, & quidem non in totum, ſed pro parte duntaxat, quoad inſtitutionem ſcilicet heredis; cætera autem capitula ſalva manere. Itaque fruſtra hic objicitur vulgatum illud: quod contra legem fit, ipſo jure nullum eſt. *l.* 5. *C. de legib.* Nam illa regula non procedit, quando lex id, quod fieri vetat, valere aliquo modo & ſubſiſtere patitur ſuppeditato remedio, quo quod factum eſt, reſcindatur aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Juſtinianus: de quo nos fuſius *lib.* 1. *quæſt.* 1. Non majoris ponderis eſt & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam eſſe titulo inſtitutionis. Ex eo enim minime ſequitur, ſi non ſit relicta tali titulo, teſtamentum ipſo jure nullum

eſſe. Sed hæc collectio bona eſt; ut teſtamentum maneat ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχῦ, & ab omni oppugnatione tutum ſit, voluit Juſtinianus bonos liberos & parentes honorari titulo heredis: ergo ſi tali titulo honorati non ſunt, teſtamentum non manet firmum, ſed oppugnari & expugnari poteſt. At, inquiunt, exheredati ſine elogio non poſſunt cauſa cadere: fruſtra autem datur actio, in qua non poteſt actor ſuccumbere. Mira ratio. Ergo fruſtra eſt, quod actio de inofficioſo datur poſthumis exheredatis. §. 2. *Inſt. de inoff. teſt.* item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint; quia non poſſunt non vincere. *l. omnimodo.* 30. *C. eod. tit.* Conſiderare debuerant non fruſtra eſſe, quod leges teſtamentum ſubſiſtere volunt, ut ſaltem iis caſibus quos modo memoravi, incidentibus, voluntas defuncti conſervetur & exitum habeat.

CAP. XXII.

An jus accreſcendi in hereditatibus cum aliquo effectu a teſtatore prohiberi queat?

QUANDO unum tantum heres ſcriptus eſt, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triente, &c. is perinde ac ſi ex toto aſſe inſtitutus eſſet, omnium bonorum hereditatem conſequitur. §. *hereditas.* 5. *Inſt. de hered. inſtit.* Hoc autem magis eſt ex ſubtilitate juris propter regulam, qua nemini partim teſtato, partim inteſtato decedere permittitur. *d.* §. *hereditas.* quam ex voluntate defuncti, quæ ejuſmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua heres ſcriptus eſt. Quod ſi verbi cauſa, tres, ſinguli ex unica ſcripti ſint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commodiſſime dicitur arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hereditatem diviſiſſe. Quod ſecus eſt, ſi unus tantum inſtitutus proponatur in quadrante, ſive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo caſu propter libertatem diſtribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in teſtamento militis, quod in teſtamento paganorum. *l.* 3. *C. de teſtam. mil.* hoc tamen caſu diverſum jus eſt, propter d. regulam, quæ non militum, ſed paganorum poteſtatem coercet; atque uno tantum herede in certa aſſis parte a pagano inſtituto, pars hæc reliquas ad ſe trahit; a milite ſi idem factum ſit, reſiduum heredes ab inteſtato ferunt. *l. quærebatur.* 19. *ff. de teſtam. milit.* quod & in Græcis Inſtitutionibus diſerte expreſſit Theophilus. Sed & ſi quis inſtitutus fuerit non ex parte hereditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo Tuſculano, valet inſtitutio detracta rei mentione. *l.* 1. §. *ſi ex.* 4. *l. quoties.* 9. §. *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſt.* niſi ei coheres indefinite aut ex parte aſſis datus ſit: tunc enim legatarii loco habetur. *l. coheredi.* 41. §. *ult. de vulg. & pup. l. pen. C. de hered. inſtit.*

Verum & hoc ipſum ex ſubtilitate juris eſt, atque ex vi ſuperioris regulæ, ac proinde ad militaria teſtamenta non pertinet: nam ſi miles unum ex fundo heredem ſcripſerit, creditur, quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe. *l.* 6. *ff. de teſtam. milit.* Igitur jus noſtrum, ut inquit Pomponius *l.* 7. *ff. de reg. jur.* non patitur eundem in paganis teſtato & inteſtato decedere: quaſi hæc duo, teſtatus & inteſtatus, inter ſe naturaliter pugnent, tanquam ajentia & negantia, & ideo idem ſubjecto ineſſe aut de

de eodem ſubjecto pronuntiari non poſſint, ex regula logicorum de oppoſitione. Et quidem ſine manifeſta & naturali rerum pugna dici non poteſt unum atque eundem in totum aut ſecundum eandem partem & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe: at non prohibet lex oppoſitionis, quo minus dicamus eundem teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe, non ſecundum, ſed ſecundum partes diverſas. Cæterum ut hic quoque pugna ſit, efficit ſubtilitas juris civilis, qua fingitur heres repræſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: quæ repræſentatio ut eſt totius perſonæ, ita & totalis, atque ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet: hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per heredes diverſi generis partim ex teſtamento, partim ab inteſtato: ſed quiſquis heres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ac ſimplici repræſentationis genere, & vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. Eoque pertinet, quod ſcribit M. Tullius *lib. 2. de invent.* unius pecuniæ diſſimilibus de cauſis heredes eſſe non poſſe; nec unquam factum eſſe, ut ejuſdem pecuniæ alius teſtamento, alius lege heres eſſet. Rationem hujus rei hanc affert Gomez *lib. 2. var. reſol. c.* 3. quod abſurdum ſit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura eſſe non poſſunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræſentari. Putarem ego *naturaliter* in *d. l. 7. ff. de reg. jur.* poſitum eſſe pro eo, quod recepti paſſim moris erat; ut & alibi interdum *l. in cauſa.* 16. *§. idem Pomponius.* 4. *ff. de minor. l. item ſi.* 22. *§.* 1. *ff. locat.* Nam regula iſta e ſolis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in teſtamento militis: unde ſatis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula deſcendit jus accreſcendi inter plures heredes teſtamentarios, videlicet uno deficiente pars ejus accreſcat cæteris, qui heredes extiterunt. *l. liber homo.* §. 3. *l. ſi ita quis.* 66. *ff. de hered. inſtit. l. un. §. his ita.* 10. *C. de caduc. toll.* quanquam non ex cauſa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hereditatibus legitimis. *l. ſi ex pluribus.* 9. *ff. de ſuis & legit. hered.* & valet utrobique ex neceſſitate. Neceſſitas naſcitur ex duobus principiis juris: quorum primum eſt. Neminem hereditatis ſibi delatæ partem ſemel quæſitam repudiare poſſe. *l.* 4. *C. de repud. her.* alterum. Neminem ejuſdem hereditatis, quæ alium heredem non habet, partem habere poſſe, partem repudiare. *l.* 1. *l.* 2. *ff. de acq. her. d. l. un. §. his ita.* 10. *C. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte heres extitit, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accreſcunt. *l. heredi.* 31. *l. ſi duo.* 38. *l. qui ex duobus.* 53. §. 1. *ff. de acq. hered. d. l.* 9. *ff. de ſuis & leg. her.* & accreſcunt ſemper cum onere, æris videlicet alieni & legatorum. *d. l. un. §. his ita. C. de cad. toll.* Si plures ſint, qui portionem ſuam agnoverunt, defectæ partes accreſcunt omnibus, qui agnoverint, ſi omnes conjuncti aut disjuncti ſunt: ſin promiſcue conjunctim disjunctimque inſtituti, aut ab inteſtato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti ſolis conjunctis accreſcit ex tacita voluntate teſtatoris aut legis. Accreſcit vero ſingulis non ex æquo, ſed pro portionibus hereditariis: & in diſtributione ſi permiſtim inſtituti ſint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius perſonæ poteſtate fungi, ut non plus univerſi conſequantur, quam disjunctorum ſinguli. *d. l. un. §. his ita.* 10. *C. de cad. toll. l. heredes* 63. *ff. de her. inſtit.* eademque ratio eſt & heredum legitimorum, cum alii conjunctim ſeu nomine collectivo, alii ſeparatim vocantur; quod fit, cum quidam in ſtirpes, alii

alii in capita veniunt, ut filii & nepotes; fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei: verum ratione & effectu nonnihil dissimili. Etenim in legatis locum non habet ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum scindi; si concurrant: si vero non concurrant solidum postposito herede. §. *si eadem.* 8. *Inst. de legat. l. un.* §. *ubi autem.* 11. *C. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejusdem rei accretio potest, & si singulis singulæ res legatæ uno deficiente portio ejus in hereditate manet. *l. hujusmodi.* 84. §. *pen. ff. de legat.* 1. & cum deficientis coheredis portionem coheres invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdum sine onere. *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *& seq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, si quis solus ex certa parte hereditatis aut ex certa re institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se, ut heres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, ita nemo quoque in suo testamento potest cavere, ne leges in eo locum habeant. *l. nemo potest.* 55. *ff. de legat.* 1. ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulas juris civilis dispariliter ei succedatur, & ex testamento & ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bartolo totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen heredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere heredi scripto. *vid. Gomez.* 1. *resol.* 10. *n.* 10. *& seq.* vel rato manente testamento prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere heredi instituto: quæ sententia, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, patet, juri magis est consentanea; & numero etiam suffragiorum vincit, testib. *Vig. ad d.* §. 5. *Clar.* §. *testamentum. q.* 74. *Christin. vol.* 4. *decis.* 11. Levia autem valde sunt, quæ huic sententiæ objiciuntur, & præsertim a D. Bronchorstio *lib.* 2. *misc. contr. assert.* 14. quale primum illud est, quod Ulpianus in *l. quoties.* 9. §. *si duo.* 13. *ff. de hered. instit.* scribit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hereditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: unde sic ex contrario recte colligi putat, si paterfam. expresse voluit eos contentos esse iis rebus aut partibus, ex quibus instituti sunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accrescant, eo casu pro parte testatum decedere, neque ad hunc casum superiorem regulam pertinere. Vitiosa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio est: quippe Jurisconsultus his verbis, *si modo voluntas patrisfam. manifestissime non refragatur*, non hoc significat si testator prohibuerit reliquam portionem accrescere institutis, eam relinquendam esse heredibus legitimis; atque ita contra quam juris ratio patitur, eundem & testato & intestato posse decedere: sed longe alia istius clausulæ sententia est, nempe quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac si nec res nec partes essent nominatæ, in manifesta testatoris voluntate heredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano proposita unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quam officio arbitri fami-

liæ

liæ ercifcundæ. *l. ex facto.* 35. *ff. de hered. instit.* Putat præterea D. Bronchorſtius ſatis probari poſſe teſtatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte teſtato decedere, & ſic cavere, ne reſiduum heredi inſtituto accreſcat, per *l. peto.* 69. *pr. verſ. idem dicemus. ff. de leg.* 2. Proponitur ibi heres ex aſſe ſcriptus his verbis a teſtatore rogatus, *Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratem meum jure legitimo rediret, conentus ſis centum aureis.* & ait Papinianus tale fideicommiſſum valere. Ergo, inquit Bronchorſtius, legitimi heredes hic in reſiduo ab inteſtato ſuccedunt. Hoc, inquam ego, levius primo eſt, & aperte falſum. Nam cum heres inſtitutus retenta vel deducta certa re aut ſumma rogatus eſt hereditatem reſtituere, aut quod vi ipſa idem eſt, certa ſumma contentus eſſe ejus, qui teſtamento non facto legitimus heres futurus eſſet, gratia, ut in ſpecie propoſita, non duo diverſi generis heredes hic defuncto ſuccedunt, unus ex teſtamento, alter ab inteſtato; ſed uterque ex teſtamento, alter directo, alter oblique ſeu ex fideicommiſſo. Atque hoc caſu heres fiduciarius reſtituta hereditate inſtar legatarii eſt, & vi ipſa legatarius: fideicommiſſarius ſolus heredis locum obtinet, actioneſque hereditarias ſolus & exercet, & excipit. §. *ſi quis una.* 9. *Inſt. de fideic. hered. l. ſi legatus.* 30. §. 3. *ff. ad ſenat. Trebell. l. pen. C. de her. inſtit.* Adhæc, ut probet teſtatorem poſſe pro parte tantum bonorum teſtatum decedere, & conſequenter prohibere, ne reliquum heredi teſtamentario accreſcat, adducit D. Bronchorſtius reſponſum Scævolæ in *l. ſi quis ita.* 82. *ff. de hered. inſtit.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita heres inſtituatur, *ſi legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam*, puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante. An igitur deficiente teſtamenti conditione & herede legitimo hereditatem vindicante, nihilominus inſtitutus pro parte ex teſtamento heres erit? Quis unquam talia audivit? Somnum obrepſiſſe clariſſimo viro, cum hæc ſcriberet, diceres, adeo plena eſt tota illa aſſertio παρερμηνειῶν. Poſtremo & in eo inſignis error eſt, quod ſententiam ſuam exiſtimat ſtabiliri per *l. dominus.* 57. §. 1. *ff. de uſufr.* ubi talis ſpecies a Papiniano proponitur: Teſtator libertis ſuis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommiſſum relinquit: deinde heres ſcriptus diſtributione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquamdiu præſtitit: mox unus ex libertis alimentariis ſeu fructuariis ob alimenta vita deceſſit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accreſcat cæteris collegatariis ſive confideicommiſſariis, an vero ad heredem revertatur? Et ait Papinianus partium emolumentum ex perſona vita decedentium ad heredem proprietatis dominum recurrere. Cujus reſponſi ratio non eſt obſcura. Nam cum fructum ſingulis ad alimenta duntaxat præſtari teſtator voluerit, inde apparet, non plus quenquam eorum habere voluiſſe, quam quo vitam ſuam toleraret: eamque ob cauſam portio unius deficiens cæteris non debet accreſcere, quibus affatim ſuppetit, quo ſe exhibeant. Ubi autem hic duo heredes diverſo jure ſuccedentes, alter ex teſtamento, alter ab inteſtato? Nec vero hic diſputamus de legatariis aut fideicommiſſariis ejuſdem rei, inter quos ut accreſcendi jus non niſi ex voluntate defuncti locum habet, ita prohiberi a teſtatore poteſt ſine offenſa ſuperioris regulæ, cum pars deficientis apud heredem maneat. Atque hæc etiam ratio eſt, cur idem illud jus ceſſet in legatis alimentorum; nempe quia teſtator intelligitur noluiſſe, hic quicquam accreſcere. Sicut enim in agris limitatis locus, non eſt jure alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus poſſeſſoris circumſcriptum eſt *l. in agris.* 16. *ff. de acq. rer. dom.*

ita & in uſufructu limitato ad finem alimentorum ceſſat jus accreſcendi, quod cum alluvione comparatur. *l. ſi Titio.* 33. *in fin. ff. de uſufr. d. l. dominus* 57. §. 1. *ff. eod. l. alimenta.* 16. §. 2. *ff. de alim. legat.*

Etſi autem communis hæc ſententia rationi juris magis convenit, quam prior illa Bartoli aut Bronchorſtii: eſt tamen & media quædam, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. pen. C. de hered. inſtit.* & a qua non adhorret doctiſſimus Bachovius: nimirum prohibitionem ſupra dictam non efficere quidem, quominus heres ſcriptus vi & poteſtate juris ex aſſe heres fiat: cæterum hanc ejus vim eſſe, ut heres ille ex certa parte aut re ſcriptus reſiduum vel partes reliquas, quas accreſcere teſtator noluit, tanquam ex fideicommiſſo teneatur reſtituere iis, qui ab inteſtato ad hereditatem ejus venturi fuiſſent, ducto argumento a ſimili, quale proponitur in *l. ſi quis.* 29. *ff. ad ſenat. Trebell.* & §. 3. *Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* item in *l. ex facto.* 17. *pr. ff. ad ſenat. Trebell.* & fac. *l. peto.* 69. *in fin. pr. ff. de legat.* 2. Atque hæc ſententia mihi quoque non diſplicet: imo magis placet, quam ſuperior illa communis quoniam favet voluntati morientium ſalva ratione juris. Et huc accommodari poteſt clauſula in *d. l. quotiens.* 9. §. *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſtit.* de qua ſupra. Excogitavit & Viglius noſter mediam ſententiam, ſed ille dum ſervare cupit voluntatem defuncti, manifeſte facit adverſus rationem juris, comminiſcendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas teſtator ſcriptum heredem habere noluit, inſtitutionem: qualis inſtitutio jure noſtro incognita eſt. Quod cum nec ipſe Viglius diſſimulet, perſuaſum habeo, eum quoque omnino & ſine cunctatione in Saliceti opinionem tranſiturum fuiſſe, ſi quis modo eam propoſuiſſet. In Belgio generali conſuetudine paſſim receptum eſt, ut unicuique liceat partim teſtato partim inteſtato decedere contra diſpoſitionem juris Romani. *Grot.* 2. *introduct. c.* 18. *Gudelin.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 5. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 51. & *deciſ.* 312. & *vol.* 4. *deciſ.* 10. An autem per hoc quoque cenſeri debeat in totum abolitum eſſe jus accreſcendi, hic non diſputo. vid. *Chriſtin. d. deciſ.* 51. *Gudelin. d. cap.* 5. *Groenew. tract. de legib. abrog. ad* §. *hereditas.* 5. *Inſt. de hered. inſtit.*

CAP. XXIII.

Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſuo heredi a patre factæ extitiſſe intelligatur, ut ſubſtituto fiat locus? & an jus ſuitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur?

CONDITIO hæc vulgaris ſubſtitutionis, *Si heres non erit*, qui caſus primus dicitur, pro diverſa qualitate heredum & perſonæ inſtituti diverſimode accipitur. In extraneo herede, qui ſui juris ſit, hoc ſignificat, ſi neque ſibi hereditatem acquiſierit, neque alium mutata conditione heredem fecerit. In ejuſdem qualitatis herede, qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe heres erit, neque hereditatem ei, cujus in poteſtate eſt, acquiſierit. *l. ſi paterfam.* 40. *ff. de hered. inſtit.* in ſuo herede eadem formula citra controverſiam hoc ſignificat, ſi heres eſſe non poterit, quod fit ſi ante patrem teſtatorem vita decedat; tunc enim, niſi liberos reliquerit, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant, ſemper locus

locus eſt ſubſtituto. Cæterum putamus eadem formula & hoc ſignificari, ſi ſe paterna hereditate abſtineat, ſi cum effectu ex teſtamento heres non extiterit, eo quod bonis paternis ſe immiſcere noluit. Nam etſi ſuus heres ipſo jure heres exiſtat, citra ullum vel ſuum vel alterius factum, ſine aditione, ſine cretione, ſine geſtione pro herede. §. 3. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. l. in ſuis.* 14. *ff. de ſuis & leg. her.* & ideo non eſſe ſine herede dicatur, qui ſuum heredem, licet ſe abſtinentem habet. *l. cum quaſi.* 30. §. *ſed & ſi.* 10. *ff. de fideic. libert.* quæ res etiam ſua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes. &c. *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. filius.* 41. & *l. ſeq. l. ult. de acq. hered. l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* Tamen cum de excludendo ſubſtituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi heres non erit*, ex mente & voluntate ſubſtituentis, quam jus civile hic ſequitur atque approbat, non ἀνάφανσις ſeu nuda iſta exiſtentia, ut male Theophilus exiſtimavit; ſed immiſtio filii cum aditione heredis extranei comparanda eſt, & ſubſtitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, ſed reipſa & cum effectu heres factus eſt. Sic Juriſconſulti in *l. non ſolum.* 67. *ff. de rit. nupt. l. ſi poſt.* 68. *ff. de legat.* 1. aperte negant filium, qui abſtinuit, patri heredem extitiſſe: nec prætor hunc heredis loco habet. *l. ſi filius.* 12. *ff. de interrog. in jur.* Et alioqui ſi nullo modo efficere filius poſſit, ut non ſit heres, fruſtra ei ſubſtitutus daretur in eum caſum, quo heres non erit, quo procul dubio continetur etiam caſus, quo non vult heres eſſe. Enimvero ſi filius patri ſuperſtes deceſſerit non declarata voluntate ſuper immixtione aut abſtentione, hic excludetur ſubſtitutus propter tranſmiſſionem hereditatis ipſo jure quæſitæ nec derelictæ, aut repudiatæ. *l. Lucius.* 45. *ff. de vulg. & pupill. l.* 3. *C. de jur. delib. junct. l. un.* §. 5. & §. *cum autem.* 13. *C. de caduc. tollend.* Porro ex his apparet verum non eſſe, quod plerique tradiderunt, quos ſequitur *Fachin.* 4. *controv.* 71. filium, qui vulgarem ſubſtitutum a patre accepit, deſinere eſſe ſuum heredem. Illud quidem recte dicitur, & omnino dicendum videtur, ſuum heredem, qui in caſum vulgarem ſubſtitutum accepit, ex neceſſario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipſius juris civilis, quo ſcilicet patri permiſſum, neceſſitatem iſtam, ut in ſuum ſolius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remiſiſſe intelligatur dato filio vulgari ſubſtituto, ut quod alias filius non habuiſſet, niſi jure prætorio, abſtinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum a patre, ac proinde ex jure civili, per *l. verba.* 12. *ff. de cond. inſtit. l.* 4. *pr. l. jam dubitari.* 86. *ff. de hered. inſtit.* Sed nullo modo admitti poteſt, quod Doctores vulgo contendunt, per ſubſtitutionem vulgarem in totum tolli jus ſuitatis. Licet enim ſuitati cohæreat & in perſona ſui heredis annexa ſit neceſſitas; eſt tamen diverſa qualitas a ſuitate; atque hac ſalva, aut tantum vulnerata illa tolli poteſt, quod omnino conſiderandum eſt. In ſervis eſt neceſſitas, ſuitas non eſt. Ex eo quod quis ſuus eſt, ipſo jure heres fit, bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent: ex eo, quod neceſſarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, reſpondere. *l. neceſſarius.* 57. *ff. de acq. hered.* quanquam etiam hic ſuum confert ſuitas. In ſuitate magis jus & commodum liberorum, in neceſſitate ſolius patris vertitur, cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario herede facere voluntarium. *l.* 12. *ff. de cond. inſtit.* Neque unquam pater dicitur ſuum ſibi here-

dem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium heredem facit, suum tamen heredem non facit, ut recte Goveanus in *l.* 2. §. *sed si quis.* 5. *n.* 35. contra Bartolum. Nihil autem plane pro communi sententia facit *l. si filius.* 16. *ff. de lib. & posthum.* Neque enim in casu illic proposito substitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius suus heres esse desinat, ut male colligit Bartolus, sed hoc, ut filius interim decedens prӕterito posthumo non possit videri heres fuisse ab intestato, quoniam substitutus testamentum sustinet, nec ex eo filius heres existere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum posthumi nascituri. de quo fuse *Anton. Fab. dec.* 32. *err.* 8. Similter cum prӕtor liberis necessariis heredibus potestatem facit abstinendi hereditate, eosque liberat ab oneribus hereditariis sive velint hereditatem derelinquere. §. 2. *Inst. de her. qual. & diff. d. l.* 57. *ff. de acq. hered.* necessitatem tantum tollit, non suitatem; ex necessariis heredibus facit voluntarios, non ex suis extraneos: quippe cui propositum non nocere liberis, sed prodesse. *l.* 12. *ff. de vulg. & pup. subst.* Itaque quemadmodum post datam a prӕtore suis & necessariis heredibus abstinendi potestatem, nihilominus sui heredes manent, ipsoque jure & ignorantes heredes fiunt, ac creditoribus paternis obligantur. §. 2. *Inst. de her. qual.* §. 2. *Instit. de her. quӕ ab int. d. l.* 57. *de acq. her.* quamvis respectu beneficii prӕtorii, quo fit ut in eos actio non detur. *l.* 2. *ff. de cond. furt.* idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundӕ hereditatis haberent. *l. nam nec.* 89. *ff. de legat.* 1. & consequenter quemadmodum hic manet idem suitatis effectus, videlicet ut si filius decesserit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hereditate, eam hereditatem, utpote ipso jure sibi jam quӕsitam ad heredes quos libet transmittat. *l.* 3. *C. de jur. delib. l.* 7. §. 1. *ff. de acq. her. l.* 19. §. 2. *ff. de castr. pec. l.* 8. *C. de suis & leg. lib.* ita quoque dicendum est, filium, cui in eum casum, quo heres non erit, substitutus a patre datus est, licet necessarius heres esse desinat, idque ex ratione ipsius juris civilis non tamen desinere suum heredem esse, eumque ante immixtionem aut abstentionem decedentem hereditatem ad quosvis heredes transmittere excluso substituto. Quod si per substitutionem vulgarem tolleretur jus suitatis, nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari expressa pupillaris contra quam utimur. *l.* 4. *ff. de vulg. & pup. subst.* denique & transmissio, quӕ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quӕ omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium *arg. l. un.* §. 5. & §. *cum autem.* 13. *C. de cad. tol.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personӕ, quӕ hereditatem non aditam transmittuut ex lege Theodosii, quӕ unica est sub. *tit. C. de his qui ant. ap. tab. her. transm.* Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui heredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti Justinianus illic extendit ad personas lege Theodosii comprehensas. Insignis itaque error est Joan. Deckheri, qui *lib.* 1. *diss.* 14. *n.* 43. ut communem opinionem tueatur, nimirum per substitutionem vulgarem jus suitatis omnimodo tolli, asserit ideo per vulgarem substitutionem suo heredi factam tolli jus transmissionis, quod ex jure suitatis est; quia suus heres institutus non aliter ex testamento heres fit, quam si se immisceat. Notissimi enim juris est, suos heredes tam ex testamento, quam

quam ab inteſtato ſtatim & ipſo jure heredes exiſtere. §. 2. *Inſt. de hered. qual. l.* 1. §. 6. *ff. ſi quis omiſſ. ca. teſt.* & clauſis adhuc tabulis. *l.* 3. *C. de jur. delib.* Concludendum igitur ſubſtitutionem vulgarem in ſuo herede non operari in caſum & ſpeciem impotentiæ, ſed in caſum noluntatis, ut loquuntur, & abſtinentiæ duntaxat; utique ſi filius patri ſupervixerit: nam ſi is vivo adhuc patre deceſſerit, nullis liberis relictis, qui ſuccedendo rumpant, dubium non eſt, quin ſubſtitutioni locus ſit. *Zaſ. tract. de ſubſt. c.* 1. *in quart. effect. Gomez.* 1. *reſol. c.* 3. *n.* 15. 16. & 24. *Chriſtin. vol.* 4. *dec.* 16. *n.* 4. *D. Joan. a Sande lib.* 4. *deciſ. Cur.* Friſ. *tit.* 3. *defin.* 1. ubi plures allegat. & optime *Bachov. ad Treutl. vol.* 2 *diſp.* 11. *theſ.* 7. Illud quoque mihi perſuadeo, ut hoc obiter addam, abſtinente filio ſuo herede quo caſu ſubſtitutum addmitti ſupra diximus, ſubſtitutum heredem fieri jure civili, hoc eſt, directo ex ſubſtitutione venire, & hereditatem adire poſſe ex vi formulæ *Si filius mihi heres non erit, Sempronius heres eſto:* quamvis Ant. Faber *decad.* 32. *err.* 7. contendat non ipſo jure ſubſtitutum hoc caſu heredem fieri, ſed a prætore tantum ad bona admitti. Etenim ſuus heres ſe abſtinens, tantum ſecundum quædam heres adhuc manet, ſecundum alia ſauciatur & enervatur ſuitas, ut in propoſito: ubi & leges ipſæ ſe quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abſtinente, veri heredes ſint, qui ab inteſtato veniunt. Sed hoc ἐν παρόδῳ.

CAP. XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris eſt, ſub expreſſa ſubſtitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris ita ex converſo ſub expreſſa pupillari etiam contineatur vulgaris?

OLIM qui ſibi & liberis ſuis impuberibus in utrumque caſum proſpectum vellent, ex conſilio prudentum, ut credibile eſt, disjunctiva hac & gemella ſubſtitutionis formula, quam Modeſtinus in *l.* 1. §. 1. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* duplicem appellat; uſi fuerunt, *Si filius mihi heres non erit, ſive erit, & intra pubertatem deceſſerit*, &c. propterea quod vel ex plurium ſententia, ſubſtitutio vim ſuam non exerebat ultra caſum expreſſum, vel quod ob diverſitatem ſententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Poſtea autem Impp. Marci & Veri conſtitutione introductum, ut ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligeretur, ſive filius heres non extiterit, ſive extiterit, & impubes deceſſerit. *l.* 4. *pr. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Quod jus & ad compendioſam duorum impuberum ſubſtitutionem hoc communi verbo, *eoſque invicem ſubſtituo*, factam, tractum eſt *d. l.* 4. §. 1. Et quidem extra controverſiam poſitum eſt, vulgaris ſubſtitutionis caſu expreſſo contineri etiam caſum pupillari; veluti ſi pater impuberi filio heredi inſtituto ita ſubſtituit, *Si filius heres non erit. Titius heres eſto.* hic enim, ut inter omnes convenit, etiam in alterum hunc caſum, *Si filius heres erit, & impubes deceſſerit*, Titius ſubſtitutus intelligitur; niſi voluntas teſtatoris aperte refragetur. *d. l.* 4. *in fin.* & *l.* 4. *C. eod.* Quod autem pupillaris quoque ſubſtitutio hic admittitur, id fit ex ſola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile ſit patrem, qui aliquem ſibi heredem eſſe voluit, ſi filius heres non eſſet, voluiſſe quoque eundem eſſe heredem filio, ſi filius heres eſſet, & intra pubertatem moreretur; utroque enim caſu pariter ſubſtitutum

dilexiſſe videtur, nec ſibi magis proſpexiſſe, quam impuberi filio, cui etiam utile eſſe creditur heredem a patre accipere. *l. Julianus.* 42. *ff. de acq. hered.* In voluntate autem teſtatoris manifeſta hujuſmodi conjecturis non utimur. Quapropter ſi ille vel nominatim alium in ſecundum caſum ſubſtituit, vel in conditione vulgaris ſubſtitutionis perſonam comprehendit, cui pupillariter ſubſtitui nequeat, hic qui in primum caſum ſubſtitutus eſt, minime intelligi debet & in caſum ſecundum eſſe ſubſtitutus contra manifeſtam voluntatem teſtatoris, qui aut expreſſim in caſum ſecundum ſubſtitutum dedit. §. 3. *Inſt. de pupill. ſubſtit.* aut in conditione ſubſtitutionis eum adjecit, cui in ſecundum caſum ſubſtitui non poteſt: quod cum ſit, palam eſt teſtatorem in eum duntaxat caſum ſubſtitutionem feciſſe, quo utrique heredum ſubſtitui poterat. *l.* 4. §. 2. *l. Lucius.* 45. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l.* 2. & *l.* 4. *C. eod.* Excipiendus etiam caſus ſingularis in *l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* ubi Juſtinianus non vult ſubſtitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adverſus matrem coheredem poſthumo datam, ſi viva ea poſthumus natus impubes deceſſerit. Jus ſingulare oſtendunt verba illa, *in hac ſpecie, in hujuſmodi caſu.* Non obſtat *l.* 8. *C. de impub. & al. ſubſtit.* quia loquitur, de ſubſtitutione militis, quæ facta in unum caſum non extenditur ad alium. Quippe militum teſtamenta non reguntur legibus aut conſtitutionibus, ſed ex nuda, ſimplici, ac prout verbis expreſſa eſt, voluntate æſtimantur. *l. in teſtamento.* 6. *C. de teſt. mil. Don. in d. l.* 8. *num.* 5. & 6. *Vigl. ad pr. Inſt. de pup. ſubſtit. Bronchorſt.* 3. *aſſert.* 34.

Cæterum an ex contrario expreſſo caſu ſubſtitutionis pupillaris ſeu ſecundo dicendum ſit contineri etiam caſum vulgaris ſeu primum, non eſt æque expeditum. Et communis quidem ſententia eſt expreſſo ſecundo primum quoque caſum comprehenſum intelligi. *Gloſſ. & DD. in d. l.* 4. *ff. de vulg. & pup. Mantic. lib.* 5. *de conject. ult. vol. tit.* 3. *n.* 5. quam ſententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur a magnis viris Lancell. Polit. *de ſubſt. pup. quæſt.* 8. *n.* 39. *Vigl. ad pr. Inſt. de pup. ſubſtit. Anton. Fab. deciſ.* 32. *err.* 9. & 10. qui in contrarium eunt, ac ſerio contendunt, nunquam in ſubſtitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos etſi numero Interpretum nobiſcum ſentientium ſuperiores ſumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & parum hoc eſſe exiſtimamus, niſi & legum auctoritate vincimus ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipſis conſtitutionis Impp. Marci & Veri relatis apud Modeſtinum in *d. l.* 4. *pr. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quæ hæc ſunt; *ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur.* Ecce non ajunt Impp. *cum pater in primum caſum*, quomodo loqui debuerant, ſi tantum in vulgari caſu expreſſo pupillarem contineri ſignificare voluiſſent; ſed *cum in alterum caſum*, hoc eſt, unum e duobus ſine ulla diſtinctione, primus, an ſecundus tantum expreſſus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejuſdem Modeſtini in terminis hanc quæſtionem proponentis & decidentis in *d. l.* 4. §. 2. *verſ. hoc itaque.* Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque herede inſtituto puberem impuberi ſubſtituit in eum caſum, quo impubes heres exiſteret, & intra pubertatem moreretur: ait Juriſconſultus hoc caſu fratrem impuberem in utrumque eventum ſubſtitutum videri. Quod autem in fine ejuſdem reſponſi juriſconſultus monet, ad evitandam omnem quæſtionem cautius facturum patrem, ſi in utrumque caſum expreſſe impuberi ſubſtituat, hoc apparet eum facere propterea quod in ſpecie mutuæ ſub-
ſtitu-

ſtitutionis, qualem ille propoſuerat, nimirum cum **uterque alteri ſeperatim ſubſtituitur**, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi **pupillariter, voluntatis** quæſtio moveri poſſet, an non quemadmodum pater in unum duntaxat caſum, hoc eſt, in vulgarem puberi ſubſtituit, ita viciſſim in unum quoque caſum tantum, nempe in pupillarem videri debeat impuberi ſubſtituiſſe? At hujuſmodi quæſtioni poſt Divorum Marci & Veri conſtitutionem locus non eſt, cum non uterque alteri in caſus diverſos, ſed uni duntaxat, cui in utrumque caſum ſubſtitui poteſt, ſubſtituitur alter, ſive ſolum in primum, ſive ſolum in caſum ſecundum. Diſerte autem dixi, cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, pubes ſcilicet & impubes: quia ſi verborum compendio mutuo ſubſtituti ſint hoc modo, *eoſque invicem ſubſtituo*, in vulgarem tantummodo caſum reciproca ſubſtitutio facta intelligitur. Quippe in tali ſpecie incongruens viſum eſt, ut in altero duplex eſſet ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris. *d. l.* 4. §. 2. *ff. l.* 2. *C. eodem. Mantic. d. tit.* 3. *n.* 6. *Govean. ad d. l.* 4. *n.* 13. *in fin. Duar. ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit. c.* 15. A ratione quoque non magis alienum eſt hanc inducere voluntatis conjecturam, quam quod in primum caſum ſubſtitutus intelligatur quoque ſubſtitutus in ſecundum. Imo fortior eſt voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc; quod etiam Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 15. *n.* 4. notavit. Nam cum pater filium heredem inſtituit, quem etiam ſperat ſibi heredem fore, & bona, quæ relicturus eſt, conſecuturum, eum, quem filio heredi facto ſubſtituit, ad quem conſequenter mortuo filio pariter cum bonis filii poſtea quæſitis ſua quoque pertinere voluit, magna cauſa præſumptionis eſt patrem voluiſſe etiam filio herede non exiſtente ſibi heredem eſſe in ſuis ſolius bonis: quæ præſumptio tanto major in hoc caſu, quam in ſuperiore, quanto magis apparet teſtatorem dilexiſſe eum, quem una cum ſuis bonis filii quoque bona, ſi quæ poſtea ei obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expreſſe ſibi tantum heredem fecit.

Ex hoc autem vel ſolo nullo negotio refelli poſſunt rationes eorum qui contra ſentiunt: nam auctoritate quidem illi nulla nituntur: niſi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* quo tamen loco longe aliam quæſtionem Juriſconſultus tractat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in ſubſtitutum impuberis, qui patris hereditate abſtinuit, actio detur, ſive an ſubſtitutus æs alienum patris agnoſcere & creditoribus ejus reſpondere teneatur; an vero hereditates, quas nuda exiſtentia poteſtate juris civilis conjunxit, poſſit ſeparare. Quod ſi inde colligat Faber ſubſtitutum impuberi in caſum pupillarem, pupillo abſtinente, hereditatem patris adire non poſſe vi aliqua tacitæ ſubſtitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos heredes abſtinente pupillo poſſe patris hereditatem cernere, ut bene contra Fabrum diſputat Bachovius ad *Treutler. vol.* 2. *diſp.* 11. *theſ.* 8. *lit.* F. Et quidni præſupponendum eſſe dici poſſit in quæſtione a Javoleno propoſita ſubſtitutum quoque repudiaſſe manifeſte damnoſam hereditatem, utcunque virtute tacitæ ſubſtitutionis vulgaris ſibi delatam? Ac mihi quidem quod ad iſtam quæſtionem attinet, idem videtur ſenſiſſe Jovalenus, quod ſucceſſor ejus Julianus, cujus ſententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur a Marcello & Ulpiano in *l. Julianus.* 42. *pr. ff. de acq. hered.* Levicula autem ſunt, quæ de ordine ſententiæ communi objiciuntur, quod nempe hic ſit naturalis ordo, ut a caſu primo tranſeatur ad ſecundum, non vice verſa. *l.* 2. §. *prius autem.* 4. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* & quod abſurdum ſit in acceſſorio, quale eſt teſtamentum filii, contineri principale ſeu teſtamentum patris. Quando enim conjunctim

eodem

eodem tempore iisdemque tabulis ac contextu pater sibi & filio testamentum facit, nihil refert, a suo, an a filii incipiat. *d. l. 2. §. sed & si. 6.* atque ut Alfenus dicebat, in conjunctionibus nullus est ordo. *l. 15. ff. de pecul. leg.* ac proinde, etsi non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione constitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in specie proposita haberi debet, ac si a casu primo initium substitutionis pater fecisset. Agitata fuit hæc quæstio jam olim in judicio centumvirali inter heredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib. 7. instit. orat. c. 7.* meminerunt. Coponius posthumum heredem instituerat, eique, si, antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium heredem substituerat. Cum posthumus natus non esset, exorta est de hereditate controversia inter heredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius contendebat legitimis heredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur: at posthumum ne natum quidem esse; ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit centumviris M. Curium nihilominus ex substitutione heredem esse oportere. Quod judicium ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Viglius & Faber comminiscuntur, absurditatibus, ita ipsum, cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii, constitutione Divorum fratrum confirmatum est.

Plane in substitutione facta pupillo exheredato eadem interpretatio admitti non debet. Imo ne expresse quidem vulgaris substitutio eo casu fieri potest. quippe cum vulgariter ei duntaxat substituere queam, quem ipse mihi heredem facio. Quid si duobus diversis testamentis pater sibi & filio heredem scripserit: sæpe enim pupillare testamentum diverso tempore fit, & novis solennibus rursus adhibitis? Pone patrem suo testamento perfecto, alio deinde die aut hora filio testamentum fecisse, quod ei permissum est. *l. si quis. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra *l. patris. 10. §. 1. eod.* Atque in suo quidem testamento filium heredem instituisse, sed iisdem tabulis nullum ei dedisse substitutum. Postea & alio demum tempore filio impuberi fecisse testamentum, quo ei pupillariter substituit. Hic ego dicerem cum Bachovio sub pupillari expressa non intelligi comprehensam vulgarem, propterea quod tunc filio tantum, non etiam sibi heredem quæsivisse pater videtur. Apud nos & in plerisque aliis Belgii provinciis, quia pupillari substitutione non utimur, disputatio hæc supervacua est. *Gudelin. lib. 1. de jur. nov. c. 13. Grot. lib. 2. introd. c. 19. Groenew. tract. de legib. abrog. ad tit. Inst. de pup. subst.*

CAP. XXV.

An legatum in alterius arbitrium recte conferatur?

QUANDO de legato in alterius arbitrium conferendo disputatur, tres diversi casus considerandi. Nam aut in arbitrium heredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, sive extranei: atque hi tres casus diversum jus habent. Quod ad collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicam, potest legatum conferri in tertii ali-

alicujus arbitrium tanquam in conditionem. *l.* 1. *pr. ff. de legat.* 2. ubi Ulpianus ait, *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest*, id est, quasi conditio. Malim tamen cum Cujacio *lib.* 2. *obs.* 2. legere, *veluti conditionem*. Sed quid hoc est, in alterius arbitrium, veluti in conditionem? Respondeo, si testator sic dixerit, *Mævio fundum Tusculanum do lego, si Titius voluerit.* Tale, inquam legatum valet. Ratio est, quia voluntas facti est: & potest legatum in alterius factum, non ut in voluntatem simplicem, sed ut in conditionem faciendi conferri, puta si forte acciderit aliquando, ut id ille velit; ut conditio potius sit, quam merum legati dandi arbitrium, veluti *si Titius Capitolium adscenderit.* Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *d. l.* 1. *pr. ff. de legat.* 2. ubi & nihil interesse scribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni posse, sic quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quasi conditione poni possit. *l. senatus.* 43. §. 2. *ff. de legat.* 1. Nam & alibi idem auctor libertatem ita relictam, *Si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo*, deberi ait, quod scilicet conditio potius sit, quam legati dandi merum arbitrium. *l. fideicommissa.* 46. §. 2. *ff. de fideic. libert.* Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam. *Si Sejus Capitolium adscenderit.* Estque hoc legatum vere conditionale, ac morte ante conditionem existentem, id est, antequam tertius ille voluerit, legatario extinguitur. Dissentit Hotomannus *lib.* 1. *amicab.* 5. Pomponium & Modestinum cum Ulpiano committens. Potest & legatum conferri & in extranei arbitrium, non utique liberum, sed ut in arbitrium boni viri, & tunc legatum non est conditionale. *d. l.* 1. §. 1. Bonum autem virum cum dicimus, non judicem intelligimus, etiamsi is vel maxime boni viri officio fungi debeat: sed qualemcunque virtute præditum, justum, fidum, innocentem, ut Cicero definit *lib.* 3. *de offic.* Est vero in testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l.* 12. *ff. de reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum esse intelligatur: & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit. *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *C. comm. de leg. & fideic.* quanquam in contractibus arbitrii hujus adjectio vim conditionis habet. *l. si coita.* 75. *ff. pro soc. l. ult. C. de contr. empt. l. si quis.* 43. *ff. de verb. oblig.* At non potest legatum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter; dum totum legatum in meram v. c. Titii voluntatem confertur citra ullum respectum conditionis, ut illa verba, *si voluerit Titius*, idem significent, ac si diceretur pro libero Titii arbitrio, ut arbiter & quasi dator legati sit. Nam tunc vellet testator ex puro puto Titii arbitrio pendere legatum, sive is æquum sive iniquum arbitraretur, quod fieri non potest. *l. illa institutio.* 32. *ff. de hered. instit. l. nonnunquam.* 52. *ff. de cond. & demonstr.* Enimvero in consequentiam & indirecte ex tacito Titii arbitrio pendere vis legati potest, veluti si testator expressim adjecit conditionem, *Mævio centum do lego, si Titius Capitolium adscenderit.* Etsi enim Titius Capitolium non adscendet, nisi volet: tamen testator hic non tam voluntatem Titii, quam factum adscendendi & contingentiam facti spectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen adscendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & adscendere nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat, forte ignorans conditionem hanc legato adscriptam, aut omnino quid Mævio legatum esse. Quid si aperte testetur Titius nolle se, ut Mævius legatum capiat, & tamen adscendat? Nihilominus de-

debebitur legatum, quod non deberetur, si testator simplicem Titii voluntatem spectavisset. *d. l. nonnunquam. 52. ff. de cond. & dem.*

Quod ad heredis arbitrium attinet, tantum abest, ut legatum conferri possit in liberum heredis arbitrium, *si heres meus voluerit*, ut ne possit quidem in ejus arbitrium conferri, tanquam in conditionem. Atque hoc est, quod dicitur in *l. senatus. 43. §. 2. ff. de legat. 1.* legatum in heredis voluntate poni non posse; nempe non posse ne quidem tanquam in conditione. Ratio est, ne sit in arbitrio ejus, quem testator obligare cogitat, an sit obligatus. *l. utrum. 7. §. 1. ff. de reb. dub. fac. l. stipulatio. 17. l. a Titio. 108. §. 1. ff. de verb. oblig. l. 8. ff. de oblig. & act.* Quamobrem crediderim nec tale legatum valere, *si heres Capitolium adscenderit, Titio centum dato.* quamvis Cujacius valere putat. *arg. l. 3. ff. de legat. 2.* sed ille textus loquitur de conditione negative concepta, cujus alia ratio est. Nam & si dixerit testator, *nisi heres meus noluerit*, quasi conditionale legatum est, & primam duntaxat voluntatem exigit. *l. fideicommissa. 11. §. sic fideicommissum. 5. ff. eod. 3.* Utique in herede hæc verba, *si voluerit*. pro conditione neutiquam accipiuntur, nisi favore libertatis. *l. fideicommissa. 46. pr. ff. de fideic. libert.* Dicerem tamen potius in specie illic posita id admitti, propter verba *fidei tuæ committo. arg. d. l. 46. §. 3.* Plane in arbitrium heredi quasi boni viri recte confertur legatum, veluti si ita adscriptum fuerit, *si æstimaveris heres, si comprobaveris, si justum putaveris, si utile tibi visum fuerit.* &c. *l. si sic legatum. 75. pr. ff. de legat. 1. d. l. 11. §. quanquam 7. ff. eod. 3. d. l. 46. §. 3. de fideic. libert.* neque hoc casu legatum est conditionale, per *l. 1. §. 1. de legat. 2.* Utiliter quoque sic relinquitur, *cum heres voluerit*, quia tale legatum omnino testator præstari vult, sed tractum temporis habet, quamdiu vivat is, a quo relictum est. Eo autem mortuo, si ipse non præstitit, ab herede ejus præstandum est: nam post mortem utique datum creditur. Præmoriens autem legatarius nihil transmittit, quia conditionale est. *d. l. 11. §. hoc autem. 6. l. uxorem. 41. §. pen. de legat. 3. facit. l. centesimis. 46. §. 2. ff. de verb. oblig.*

Postremo, quod ab arbitrium attinet legatarii, potest legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expresse conferri, *Titio centum do lego, si voluerit.* Et hoc legatum est conditionale, ut legatario ante conditionis eventum mortuo, id est, antequam legatarius voluerit ad se pertinere, jus petendi legati ad heredem ejus non transmittatur, quia conditio personæ injuncta videtur. *l. si ita legatum. 65. §. 1. ff. de legat. 1. l. si ita expressum. 69. ff. de cond. & demonstr.* Quod si ea conditio verbis expressa non fuerit, licet tacite insit, non facit legatum conditionale. *l. conditiones. 99. ff. de cond. & dem. l. 3. ff. de legat. 2.* Cui non obstat, quod alibi traditum est, conditiones, quæ tacite insunt, non reddere legata conditionalia, licet a testatore exprimantur. *l. Cornelius. 69 ff. de her. instit. l. heredi. 7. §. tractari. 5. ff. quand. dies leg. l. servo. 47. ff. de cond & dem.* Hoc enim sic accipiendum & temperandum est, nisi alia sit aut aliam vim habeat conditio expressa, ut in proposito. *l. nonnunquam. 52. ff. d. tit.* idque significat Marcellus in *d. l. servo. 47. in fin. eod.* Exposui breviter sententiam meam super subtilissima hac quæstione. Interpretes nostri non idem omnes sentiunt. *vid. Gloss. Bart. & DD. in l. 1. ff. de legat. 2. Cujac. 2. obs. 5. Hotoman. 1. amicab. 5. Robert. 2. sent. 10. Connan. 9. comment. 5. Pet. Fab. ad l. 22. §. 1. ff. de reg. jur. Bronch. cent. 3. assert. 48.*

CAP.

CAP. XXVI.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?

ETIAM res alienas legari posse semper constitit, & posse etiamsi difficilis earum paratio sit, ut loquitur Jurisconsultus in *l. cum servus.* 39. §. *constat.* 7. *ff. de legat.* 1. nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantum de suo legandi potestatem facit *l. verbis legis.* 120. *ff. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de suo legare intelligitur, nempe heredem suum onerare, ut rem redimat & redemptam præstet, aut si id non potest, æstimationem inferat, qui hujus legati effectus est. §. *non solum.* 4. *Inst. de legat. l. si domus.* 71. §. 3. *eod.* 1. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit *l. qui quatuor.* 30. §. *ult. ff. de legat.* 3. & expresse testatur Ulpianus in *fragm. sub. tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do lego*, aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari. *l. ab omnibus.* 104. §. 2. *ff. de legat.* 1. Atque ejus rei, quæ apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure postliminii. *l.* 9. *l. si servus.* 98. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *c. filius. ext. de testam.* ubi videtur hujusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat speciem *d. c. filius.* esse singularem, quod res alterius ecclesiæ legata illic proponatur sepulturæ causa; & ideo extra speciem ibi propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque *Mantic. lib.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 10. *Fachin. lib.* 5. *controv.* 38. At enim negari non potest, quin Pontifex in *d. c. filius.* ostendat sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis seculi legibus, quam legi Dei convenire significat. Quamobrem Diod. Tuldenus *comment. ad tit. Inst. de legat. c.* 5. fatetur quidem improbari a Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterum cum eam expresse non abroget; merito adhuc eam obtinere debere contendit; maxime cum probabili nitatur ratione prolixius indulgendi supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat, ut heres rem a domino redemptam, aut eo nolente vendere, aut volente quidem, sed non nisi immodico pretio, justam æstimationem legatario præstet. *l. si domus.* 71. §. 3. *ff. de legat.* 1. *l. non dubium.* 14. §. *ult. l. qui quatuor.* 30. §. *ult. ff. eod.* 3. Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei alienæ legatum legibus seculi ita sustineri, ut eam rem, velit nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut heres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat legi Divinæ minime repugnare.

Cæterum non semper res aliena legata debetur: verum interest utrum testator rem alienam legans, sciverit eam alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur, si ignoravit, non item. *l. unum ex familia.* 67. §. *si rem.* 8. *ff. de legat.* 2. *l. cum alienam.* 10. *C. de legat.* §. *non tantum.* 4. *Inst. eod. forsitan enim*, inquit ibi Justinianus, *si scivisset alienam rem esse, non legasset.* Unde vero illud colligimus? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit heredem suum onerare voluisse redemptione alienæ rei. *d. l.*

unum ex familia. §. *si rem.* *l. Sticho.* 36. *in fin. ff. de usufr. legat.* Quare si res heredis legata sit, distinctione illa non utimur, sed ea omnino debetur, quamvis testator eam suam existimans legaverit: nempe ideo, quod cum rei legatæ dominus ipse heres est, tam facile eam heres præstare potest, quam rem, quæ defuncti fuit. *d. l. unum ex familia.* §. *si rem.* Plane interdum conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum esse. *d. l. cum alienam. C. de legat.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt *Tiraquell. priv. piæ caus.* 66. *Vasq. lib.* 3. *de success. progress.* §. 27. *num.* 41.

Illud belle quæritur, quid juris sit in legato rei communis. Finge testatorum fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit, *fundum meum.* Hic enim portionem tantum deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, diserte a Paulo responsum est in *l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. & ait Jurisconsultus hoc constare, ut ostendat certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro herede faciunt: verba, quia fundum meum recte interpretamur, quatenus meus est: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum est. *l. in re communi.* 26 *ff. de serv. præd. urb. l. si quis.* 74 *de legat.* 3. *l.* 2. *ff. de condit. instit.* quamvis totum meum esse non recte dicatur. *l. recte dicimus.* 25. *ff. de verb. signif.* Mens testatoris; quia etiamsi res dubia esset, non facile crederetur testator heredem suum onerare voluisse necessitate redimendi partem alienam. *d. l. unum ex familia.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ testatoris fuit. Et siquidem totum suum esse putaverit, nemo opinor dicturus est plus quam partem testatoris deberi per *d. l. unum ex familia.* §. *si rem. junct.* §. *non tantum. Inst. de legat.* excepto utique casu supra memorato ex *l. cum alienam.* 10. *C. eod.* Sed quid si eodem modo legaverit, cum sciret fundum sibi cum Titio communem esse? Accursius existimavit totum deberi: quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur: quod & Donello visum in *d. l. cum alienam. num.* 2. *C. de legat.* Cæterum contrariam sententiam, quam probant *Bart. Bald. Jas. Angel. Zas. Duar. in d. l.* 5. §. *ult. ff. de legat.* 1. *Mantic. lib.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. veram esse existimo, nempe partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ, & rei communis sive pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habebat: nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse eum totam legare. At cum res communis fuit & partem in ea testator habuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse heredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat, quæ conjectura efficacissima est. *d. l. unum ex familia.* §. *si rem. de legat.* 2. *l. Sticho.* 36. *in fin. ff. de usufr. leg.* Confirmat porro hanc sententiam locus Pauli in *l. fundus.* 24. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* ubi sententiam Neratii explicans ait, si fundus, qui locatus erat, cum instrumento legatus sit, id tantum instrumen-

tum,

tum, quod teſtatoris fuit, legato cedere: quod ſi nullum ille in eo fundo inſtrumentum habuerit, quod colonus habuit, deberi. Facit huc & *l. ſi quatuor.* 30. §. *qui fundum.* 4. *ff. de legat.* 3. Atque eandem omnino rationem habet, quod in ſpecie fundi vectigalis legati reſponſum eſt, non videri proprietatem legatam, ſed jus, quod in eo teſtator habuit. *l. ſi domus.* 71. §. *ult. ff. de legat.* 1. Enimvero ſi teſtator nominatim dixerit ſe legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, reſponderem utramque partem, & tam alienam, quam quæ teſtatoris fuit, legatam videri, *arg. l. Juliano.* 68. *in pr. ff. eod.* 3.

Multa tamen huic ſententiæ objiciuntur, & primo, quod appellatione rei totum contineatur. *l. ſi dictum.* §. 2. *ff. de evict.* a verbis autem non facile ſit recedendum. *l. ille aut ille.* 25. *l. non aliter.* 69. *eod.* 3. Reſpondeo, verum quidem eſt, non facile a verbis recedendum eſſe: ſed tamen recedi poteſt & debet, quando aliud, quam quod dixit aut ſcripſit, ſenſiſſe teſtatorem apparet. *d. l. non aliter.* nam mens & voluntas teſtatoris verbis aut ſcriptura potior atque potentior eſt. *l. Labeo.* 7. §. 2. *ff. de ſupel. leg. l. cum virum.* 16. *C. de fideicom. l. ubi.* 21. *ff. de reb. dub.* Mens autem teſtatoris in propoſito fortiſſime colligitur ex illa veteribus toties uſurpata conjectura, quod ſcilicet haud facile credendum ſit, teſtatorem voluiſſe heredem ſuum onerare neceſſitate redimendi rem alienam. Secundo objicitur *L. Mævius.* 66. §. *fundo legato.* 6. *ff. de legat.* 2. Sed longe alius caſus ibi deciditur, nempe quid juris ſit, ſi quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum ſolum pertinet, uſusfructus autem alienus eſt, ſimpliciter, id eſt, non deducto uſufructu legaverit; hic ait Papinianus etiam uſumfructum ab herede petendum eſſe. Ratio dubitandi eſt quia uſusfructus non eſt pars rei. *l. recto dicimus.* 25. *ff. de verb. ſign.* Et vero ſi pars eſſet, non niſi ſtulte quæreretur, an ubi conſtat totum legatum eſſe, appellatione totius uſusfructus contineatur. Ratio autem decidendi hæc eſt, quod etſi uſusfructus proprie pars non eſt, inſtar tamen partis obtinet, propterea quod emolumentum rei continet: ac proinde fundo legato etiam uſusfructus, niſi expreſſe excipiatur & detrahatur, legato cedit. *d. l. Mævius.* §. *fundo. l.* 6. *ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſ. conſum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino ut ſingulare, ſi alio propoſito id fecit teſtator, reſponſum eſt in ſpecie huic gemina, eum errore labi, & plus hic valere ſcripturam, quam quod actum, aut cogitatum eſt, *l. ſi alii.* 19. *ff. de uſufr. leg.* contra communem ſcilicet regulam, ſecundum quam voluntas magis, quam verba, ſpectanda. *l. cum virum.* 16. *C. de fideic. l. Labeo.* 7. §. 2. *ff. de ſupell.* Porro quod hic juris eſt in toto, idem haud dubie obtinebit & in fundi parte, cujus uſusfructus alienus eſt, legata, *arg. l. quæ de tota.* 76. *ff. de rei vind.* D. Duarenus nimium hic ſolicitus eſt, & fruſtra laborat in alio caſu quærendo: quanquam vera ſunt, quæ profert. Objicitur tertio locus in *l. cum filius.* 76. §. 2. *de legat.* 2. Sed eadem ad hunc locum, quæ ad ſuperiorem, reſponſio eſt, cui præterea & hoc accedit, quod heres, qui in caſu ibi propoſito iſe fructuarius eſt, nulla redemptione oneratur. Quarto objicitur *l. ſi res obligata.* 57. *de legat.* 1. *d. l. Mævius.* 66. §. *fundo.* 6. *eod.* 2. *l.* 6. *C. de fideicomm.* quibus locis traditur heredem rem pignori obligatam, quæ legata ſit, luere debere, utique ſi ſciebat teſtator eam pignori obligatam eſſe. *dd. ll.* & §. *ſed* & *ſi.* 5. *Inſt. de legat.* unde ſequitur non liberari heredem præſtando id quod defunctus habuit. Reſpondeo; conjectura voluntatis teſtatoris rem ſuam, quam creditori obligatam eſſe ſciebat, legantis facit, ut res integra, plena & libera debeatur. Nam cum æs alienum onus ſit heredis, qui in uni-

versum jus defuncti succedit, non legatarii. *l. 1. C. si cert. pet.* non est credibile testatorem voluisse æs alienum solvi a legatario, nisi hoc expresserit. Aliud autem est, si obligatam esse nesciebat, exceptis duobus illis casibus, de quibus in *d. l. si res obligata. 57. de legat. 1. & d. 6. C. de fideic.*

Nostra hæc & communis sententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere potest: quippe, quibus ne illud quidem obtinet, ut fundo legato ususfructus, qui alienus est, ab herede peti possit, teste Autumno *cens. Gall. & Confer. du droict. ad d. l. Mævius. 66. §. fundo legato. 6. ff. de legat. 2.* ubi scribit apud Gallos locum non esse dispositioni *d. §. fundo.* ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati testatoris, ita & Bataviæ quoque nostræ moribus omnino consentaneum videtur. Similiter si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legaverit eo proposito, ut alter nudam proprietatem haberet, simplicitati morum nostrorum non convenit, ut ususfructus contra mentem testatoris communicetur secundum *l. si tibi. 19. ff. de usufr. leg.* & nescio cujus subtilitatis objectu impediatur, ne suprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus testatur *Bern. Autum. in confer. Gall. ad d. l. si tibi. add. Groenew. tract. de leg. abrog. ad d. l. si tibi. & ad d. l. Mævius. 66. §. fundo legato. de legat. 1.* Alii, quibus nimia ista subtilitas non placuit. *d. l. si tibi.* interpretatione sua sic temperaverunt, ut in casu, quem ibi tractat Modestinus, plus valere debeat scriptura, quam quod actum est, dummodo de eo, quod actum est, non constet: quam interpretationem nec verba nec sententia Jurisconsulti admittunt, ut bene animadvertunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accursium.

CAP. XXVII.

An unquam error in nomine legatarii reive legatæ, aut falsa demonstratio vitiet legatum?

SI quis heredem instituit, sive alicui quid legat, personam heredis aut legatarii demonstret, necesse est. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine: cæterum & aliis modis demonstrari possunt, ut valeat institutio aut legatum. *l. quotiens. 9. §. si quis. 8. ff. de hered. instit. l. si ita. 8. §. 2. ff. de bon. poss. sec. tab.* Et generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur. *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim. 34. ff. de cond. & dem.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante testatore, nihilominus institutio aut legatum valeat, perindeque habendum sit, ac si nomen adjectum non esset; dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari a testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit. *d. l. quotiens. §. si quis. ff. de hered. inst.* pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur. *l. 2. ff. de his quæ pro non script.* Finge ergo hoc modo legasse, *Corneliæ sororis meæ filio centum do lego.* si soror unum tantum filium habeat, valet legatum, quia satis apparet, quem testator designavit. Sed & si ita dixerit, *Cornelio sororis meæ Corneliæ filio centum lego*, valebit legatum etiamsi ei non Cornelio. sed Sempronio nomen sit. Denique & sic demonstratio recte fit; *cujus nomen in codicillis scripsero*, illi heres meus centum dato. *l. institutio talis. 10. ff. de con. inst.* nam quod

quod in herede ſic demonſtrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etſi teſtator erraverit in nomine rei legatæ, v.c. ſi fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile eſt legatum, & debebitur Sempronianus, ſi conſtet hunc legatum eſſe. *l.* 4 *ff. de legat* 1. Et convenienter ſi quis cum unum tantum ſervum haberet, dixerit, *Stichum ſervum meum Titio do lego*, valebit legatum, licet ſervo Davus, non Stichus nomen ſit. *arg. l. demonſtratio.* 17. *ff. de cond. & dem.* Plane ſi quis cum veſtem legare vellet, ſupellectilem ſcripſerit, putans ſuppellectilis appellatione veſtem contineri, placet nec veſtem nec ſuppellectilem deberi, quaſi neutrum legatum ſit. *d. l.* 4. *de legat.* 1. ubi Juriſconſultus hanc differentiæ rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia ſunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa, quæ grammatici appellativa vocant, per hominum, quæ illi propria, propterea quod rei ſive perſonæ tantum ſingularis deſignandæ cauſa reperta ſunt. Hæc ait eſſe mutabilia, quia ſcilicet privata ſunt, & pro arbitrio ſingulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia. *l. Laqeo.* 7. §. 2. *ff. de ſupell. leg.* ut proinde in his error ſit tolerabilis, in illis ſtultus & intolerabilis. Et eſt ſane ingens inter hæc diſcrimen. Propria nomina omnia θέσει conſtant: & ita ut pro arbitrio cujuſque privati & citra conſiderationem naturæ rei imponantur: quapropter nec rei οὐσίαν, ſed tantum differentiam ἐπουσιώδη indicant. Appellativa vero φύσει quodammodo conſtant, id eſt, a natura vim ſuam habere videntur, ſaltem prima, quæ ſunt ἀρχηγὰ καὶ στοιχεῖα, ſeu principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem exiſtimat majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina impoſuiſſe. Sed & flexa, licet impoſititia ſint, publica tamen & ipſa ſunt; ac communia: & ſive prudenter, ſive temere & κατὰ τύχην impoſita ſint, non ſunt tamen arbitraria, ut ex ſingulorum opinione exaudiri debeant, ſed ex communi uſu: eorumque impoſitio naturæ conſona habetur, nec minus hæc, quam prima ipſam rei ſubſtantiam denotant. Quæſitum vero eſt, an non ſaltem valere debeat legatum, ſi res cum oculis ſubjecta eſſet, a teſtatore manu demonſtrata ſit, utut alieno nomine eam appellaverit: veluti ſi cum equus præſens eſſet ita dixit, *hunc bovem Titio do lego.* Accurſius in *l. quæ extrinſecus.* 65. *ff. de verb. oblig.* exiſtimat valere, & equum deberi; cujus ſententiam & plerique interpretes ſecuti ſunt. Mihi vero id minime conſentaneum videtur reſponſo Pauli in *l.* 3 *ff. de reb. dub.* ubi Juriſconſultus ſic ſcribit. *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox ſignificat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino ſententiæ ſive Servii, ſive Celſi, dicentium *non videri quemquam id dixiſſe, cujus non ſuo nomine uſus ſit*, aut quod idem valet, neminem videri ſenſiſſe, quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l.* 7. §. 2. *ff. de ſupell. leg.* Quamobrem magis eſt, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat atque æque ſtultum ac deriſorium, ut illa, de quibus in *l.* 4. *ff. de legat.* 1. quod etiam Mynſingero ad § *ſi quidem.* 29. *Inſt. de legat. n.* 10. verius videtur. Plane ſi quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus eſſe dicatur, locus eſſe poteſt quæſtioni voluntatis propter rerum affinitatem. *l. librorum* 52. §. *quod tamen.* 4. *ff. de legat.* 3. *& ibi Bart.* Quin etiam generaliter idem admittendum putem, ſi aliquo colore uſuve loquendi vocabulum, quo teſtator uſus eſt, ad id, quod voluiſſe dicitur, extendi poteſt *arg. l. ſi quis vinum.* 9. *pr. ff. de trit. vin. ol. leg.* quod & Diod. Tuldenus probat in *comment. ad Inſt. tit. de legat. c.* 21. *add. Duar. ad l.* 4. *de leg.* 1. *Pet. Fab. lib.* 2. *ſemeſter.* 14.

Quod

Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen utile sit, modo de persona aut re aliunde constet, id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, omni adjectione, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda testator erraverit, tamen legatum perinde valeat, ac si nullus errror intervenisset; dummodo constet, cui legare aut quam rem legare testator voluerit. *l. demonstratio.* 17. *pr.* & §. 1. *l. falsa.* 33. & *l. seq. ff. de cond.* & *dem.* §. *huic proxima.* 30. *Inst. de legat.* Ratio est quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis. *l.* 6. *ff. de reb. cred. l. nominatim.* 34. *ff. de cond.* & *dem.* Cæterum hæc regula sive sententia sic in universum temperanda est, nisi quid aliud obstet legato præter falsitatem demostrationis. Hoc autem observato facile removeri potuerunt pleraque, quæ alioqui huic sententiæ obstare videntur. Nam primo si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, responsum est inutile esse hoc legatum; veluti si testator ita dixerit, *centum quæ in arca habeo, Titio lego*, si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit. *l. si servus* 108. §. *qui quinque.* 10. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. §. *sed* & *si.* 7. *ff. de dot. prælег. junct. l. plane.* 34. §. *sed hoc ita.* 4. *ff. de legat.* 1. Prius enim est, ut sit, quod legetur, quam legatum valeat aut dici possit falsa demonstratione perimi. *l. quibus.* 40. §. *pen. ff. de cond.* & *dem.* 2. Si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet*, *Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum esse legatum, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia scilicet non apparet, quid quantumve legatum sit. *l. si sic legatum.* 75. §. 1. *de legat.* 1. 3. Eadem ratione inutile est & hoc legatum, *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, legatum utile sit; licet nihil Titio debeatur: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat. *d. l.* 75. §. 1. *l. legavi.* 25. *sub. fin. ff. de lib. leg.* 4. Sed etsi quantitas adjecta est, tamen ne sic quidem semper utile est legatum in hujusmodi speciebus. Finge testatorem ita legasse, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego.* Constat hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit centum Titio deberi: quoniam dibitor id quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest, ac proinde nec si falsum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. 5. Finge iterum legasse hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, nihil hic item esse in legato responsum est, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam. *d. l.* 75. §. 2. *d. l. legavi.* 25. *vers. quod si sic.* Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, nisi liberatio: quo legato hoc continetur, ut si heres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet. *l.* 3. §. 3. *ff. de lib. leg.* Neutri vero horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. 6. Pari ratione si testator centum, quæ Titius ei debebat, legaverit Sempronio, dicendum est inutile esse legatum, si Titius nihil debeat: quippe nec hic legantur centum, quæ hers det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut heres actiones suas præstet. §. *tam autem.* 21. *Inst. de legat.* nullas vero habere aut prestare potest adversus eum, qui nihil debet: quod Ulpianus in *d. l.* *si sic*

ſi ſic legatum. 75. §. 2. *de leg.* 1. breviter his verbis ſignificat, *eſſe enim debitor debet.* Poſtremo non obſtat huic ſententiæ, quod Papinianus reſpondiſſe ſcribit, falſam demonſtrationem non facere legatum. *l. cum tale.* 72. §. *ult. ff. de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus falſam demonſtrationem facere legatum, ſed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba diſponentia, non demonſtrantia. Itaque in ſpecie illic a Papiniano propoſita, *ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta heres Sejo dato*, non Titius, ſed Sejus eſt legatarius, qui ſolus eſt in diſpoſitione, eique quinquaginta debentur non obſtante vitio demonſtrationis. Titio autem, qui in demonſtratione eſt, debetur nihil. *Jul. Pac. cent.* 6. *quæſt.* 44.

CAP. XXVIII.

An heres ob omiſſam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem cauſa amittat legitimam?

LEGE duodecim tabularum, licebat teſtatoribus univerſum patrimonium ſuum in legata conſumere, nihil ut heredi relinqueretur præter onus & moleſtiam æris alieni. *l. verbis legis.* 120. *ff. de verb. ſign.* qua licentia cum teſtatores uſi eſſent, eveniebat plerumque ut ſuprema eorum judicia deſtituerentur, recuſantibus ſcriptis heredibus nullo ſuo aut quam minimo lucro hereditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis ſæpe oneribus minimeque neceſſariis ſe implicare. Quod cum & ipſis teſtatoribus inutile eſſet, & publice expedire putetur ſupremæ hominum voluntates exitum habere. *l.* 5. *ff. teſtam. quemadm. aper.* viſum eſt ex uſu eſſe reipub. heredes juſto aliquo lucro ad adeundam hereditatem invitari, quo ſuprema judicia conſervarentur. Id quod commode fieri poſſe creditum eſt, ſi libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata eſſet, tandem lege Falcidia perfecta eſt, qua cautum, ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum. *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid. pr. Inſt. eod.* Procedente tempore ob eandem cauſam eadem lex producta eſt & ad fideicommiſſarias hereditates, cautumque ſenatuſconſulto Pegaſiano, ut ei, qui rogatus eſſet hereditatem reſtituere perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur. §. *ſed quia.* 5. *Inſt. de fideic. hered.* Cujus ſenatuſconſulti vim Juſtinianus poſtea transfudit in ſenatuſconſultum Trebellianum, ut jam ex ſolo ſenatuſconſulto Trebelliano reſtituatur hereditas, atque ex hoc eodem ſenatuſconſulto quartam partem heres retineat. §. *ſed quia ſtipulationes.* 7. *Inſt. eod.* Unde interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quanquam veteres & hanc ipſam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre eſt in *l. coheredi.* 41. §. 3. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l.* 2. §. *ult. ff. de jur. codicill. l. filiusfam.* 18. *pr. l. ſi a me.* 29. *l. in ratione.* 30. §. *tametſi.* 7. *l. lex Falcidia.* 47. §. 1. *l. Titia.* 86. *ff. ad leg. Falcid. l.* 2. *l.* 3. *l. mulier.* 22. §. 2. *l. patroniſi.* 55. §. 2. *l. deducta.* 58. §. 3. *ff. ad ſenatuſc. Trebell. l.* 1. *l. quanquam.* 10. *& l. ſeq. C. ad leg. Falcid. &c.* Nimirum quia Senatuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta eſt, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommiſſa univerſalia. Porro lex Falcidia heredis potiſſimum cauſa lata fuit,

ejuſdemque etiam gratia tracta ad fideicommiſſa hereditatis. *l. poteſt heres.* 71. *l. Titia.* 86. *in fin. ff. ad leg. Falcid. junct.* §. *ſed quia.* 5. *Inſt. de fideic. hered.* cui conſequens, ut nec teſtator teſtamento ſuo prohibere poterit, ne heres commodo Falcidiæ uteretur. *l. quod bonis.* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. l.* 1. §. *inde Neratius.* 19. *ff. ad ſenat. Trebell. l. ſi ut allegat.* 11. *C. ad leg. Falcid.*

Primus Juſtinianus Falcidiæ locum eſſe noluit, ſi teſtator expreſſim vetuerit heredem ea uti. *Nov.* 1. *c.* 2. *in fin.* unde ſumpta *auth. ſed cum teſtator. C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam ante caverat, ut etiam heres, qui inventarium facere neglexiſſet, beneficio legis Falcidiæ privaretur. *l. ult.* §. *pen.* C. *de jur. delib.* quod & repetit *d. Nov.* 1. *c.* 2. §. 1. Quæ Juſtiniani conſtitutiones occaſionem præbuerunt interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiæ prohibitionem & amiſſionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem teſtator poſſit prohibere, & heres quoque commodum ejus non confecto inventario amittat. Quæ forte quæſtio ab illis mota non fuiſſet, ſi id, quod modo diximus & demonſtravimus, obſervaviſſent, nunquam alio nomine veteribus quartam ſenatuſconſulti appellatam, quam Falcidiæ. Ex eo enim didiciſſent appellatione Falcidiæ etiam quartam ſenatuſconſulti contineri, nec improprie, ut illi, ſed proprie, ſi uſus proprietatem ſpectemus, non vocis. Ac proinde poſitis terminis habilibus, atque in dubio ubi nulla expreſſim differentia conſtituitur inter quartam, quam heres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hereditatis, quicquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Nunc vero tametſi crebrius eo itum eſt, atque id paſſim uſu receptum, ut etiam detractio quartæ ſenatuſconſulti ex auctoritate *d. Nov.* 1. *c.* 2. expreſſe prohiberi poſſit propter communem rationem prohibitionis permiſſæ, quæ hæc eſt, ut impleatur defuncti voluntas. *Gomez. lib.* 1. *reſol. c.* 5. *n.* 11. *Clar.* §. *teſtamentum. quæſt.* 62. *Mantic. lib.* 7. *de conject. ult. vol. tit.* 11. *& ſeq. Everh. in top. loc.* 34. *Gudelin. lib.* 1. *de jur. nov. c.* 1. *Perez. par. C. ad ſenat. Trebell. n.* 20. *Grot. lib.* 2. *introd. cap.* 20. *Gail.* 2. *obſ.* 138. *n.* 15. *Groenew. de leg. abrog. ad d. auth. ſed cum teſtator.* Tamen ob inventarium non confectum major pars DD. cenſere dicitur heredem non amittere quartam Trebelliani, & ſecundum hoc ſæpiſſime judicatum eſt. *Clar. d.* §. *teſtamentum. quæſt.* 63. *deciſ. Cur. Holland.* 3. *Gail. d. obſ. n.* 3. *&* 6. *Mynſing.* 3. *obſ.* 60. *Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 317. *& vol.* 4. *deciſ.* 51. *Perez. in Cod. de jur. delib. n.* 14. *Fach.* 4. *contr.* 38. *Groenew. ubi ſupra.* Quod profecto mirum eſt: nam & amiſſionis quartæ Falcidiæ ob non confectum inventarium eadem ratio eſt in herede fiduciario, quæ in herede Falcidio, violenta nimirum præſumptio fraudis & ſubtractionis rerum ab herede factæ, ob quam cauſam hanc pœnam eum luere vult Juſtinianus, *ποινὴν*, ut ipſe loquitur, *τῆς ἑαυτοῦ κακουργίας, διότι παρέβη τὸν νόμον.* quæ præſumptio proinde abſoluta eſt, juriſque & de jure. Aut igitur heres fiduciarius non tenetur inventarium facere, aut ſi tenetur, quod in confeſſo eſt, ſi non fecerit, dignus erit, qui eadem pœna malignitatis ſuæ & *παραβάτεως* multetur: & alioqui liberam habebit graſſandi in hereditate facultatem. Sed & in *d. Nov.* 1. *c.* 1. *in pr.* etiam de heredibus fiduciariis & fideicommiſſariis

missariis universalibus Justinianus agit, ad quos proinde & sequentia recte referuntur, & quod in *d. c.* 2. §. 1. *ejusd. Nov.* traditur de citatione fideicommissariorum, etiam ad universales, quorum præcipue interest, pertinet. At inquiunt leges correctoriæ non sunt extendendæ, odia restringenda, &c. Cur igitur inquam ex eo, quod Justinianus testatori permisit prohibere detractionem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam concessum esse testatori prohibere retentionem Trebellianicæ? Quinetiam ipsi DD. communiter post Glossam in & per text. *c.* 5. *Nov.* 118 admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extensionem fieri posse ob identitatem, ut loquuntur rationis. *Gomez. ubi supra n.* 11 & ibi citat. Denique nulla in proposito fit extensio, si veterum loquendi consuetudinem, ut ante probavimus, spectemus. Atque hæc sententia, refragante licet Diod. Tuld. *comm. ad Inst. tit. de legat. c.* 3. qui nec a testatore prohiberi posse quartæ senatusconsulti detractionem contendit, mihi verissima videtur: quam etiam sequitur. *Præs. Everh. d. loc. n.* 5. *Gudelin. d. c.* 11. *Charond. lib.* 13. *respons.* 68. *Ant. Fab. Cod. for. ad sen. Treb. defin.* 5. & *de jur. delib. defin.* 23. Chacheranus *decis. Pedemont.* 147. supra sexaginta Doctores hujus sententiæ assertores citat. Excipiunt vero liberos primi gradus; quoniam nec his prohiberi potest deductio quartæ Trebelliani, per *l. 6. C. ad senat. Trebell.* In quo tamen & ipso insignis & non unus error est. Primum quod firmamentum hujus exceptionis ponunt in *d. l.* 6. quæ Zenonis est, cum ante constitutionem Justiniani in *d. Nov.* 1. *c.* 2. nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundo quia illa exceptio non est de regula: nam respicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem sine justa causa auferri potest: potest admissa vero duplici in liberis detractione, de qua agimus quæstione sequenti, quin detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, sed cujusvis alterius heredis jure censentur, iis prohiberi possit, nullus dubito. Tertio quod solos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi sint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioso queri possunt, proinde parentes quoque, item fratres ac sorores consanguinei rogati hereditatem restituere turpi personæ. Postremo quod eandem exceptionem ponunt etiam ubi liberi heredes Falcidii aut Trebellianici inventarium facere neglexerunt: de quo mox ex professo. Plane si heres pure rogatus hereditatem restituere, eam statim quoque restituerit, poterit excusari, eo quod ideo videatur omisisse confectionem inventarii, quia id onus jam non ad se, sed ad fideicommissarium pertinere existimavit.

Proxima superiori quæstio est, an liberi ex causa non confecti inventarii amittant legitimam? qui negant extraneum heredem ob non confectum inventarium amittere Trebellianicam, iidem non potuerunt non negare liberos ex eadem causa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea causa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis explorati juris sit, hanc esse pœnam heredis inventarii confectionem omittentis, quod privetur quarta Falcidiæ, tamen ob eandem causam liberos non privari legitima longe pars maxima Interpretum pro comperto habet. *Gail.* 2. *obs.* 138. *n.* 14. *Fachin. lib.* 4. *controv. c.* 34. *Christin. vol.* 1. *decis.* 317. *n.* 6. & *seqq. An. Fab. Cod. suo for. de jur. deliberand. defin.* 23. & *ad senat. Trebell. defin.* 5. ubi in notis ait, neminem dubitare, quin liberis salva maneat retentio legitimæ, etiamsi inventarium facere

 negle-

neglexerint. Sed tamen non unus eſt, qui contrarium docuit, *Salicet. in auth. ſed cum teſtator. C. ad leg. Falcid. & in l. ult. §. ſi quis autem. n.* 4. *C. de jur. delib. Sarmient. lib.* 2. *ſelect. interp. c.* 7. *Covar. in c. ſi heredes.* 10. *ext. de teſtam. Cacheran. deciſ.* 148. *a num.* 1. *uſque ad* 6. & inter alios quoque *Cujac. in expoſ. d. Nov.* 1. eamque ſententiam etiam probatam fuiſſe viro clariſſimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ Collegæ quondam meo, in poſterioribus ejus curis manuſcriptis comperi: & veram eſſe ipſe quoque exiſtimo. Enim vero ſi quæſtio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus eſſet præſumptioni κλοπῆς & κακουργήματος, quod hereditas fuerit ſolvendo, & ſi nihil ſurripuiſſent, μηδὲν ἐκακούργησαν, quod legatis & fideicommiſſis exolutis ſatis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis ſupereſſe appareret: neſcio an multi hoc negaturi ſint: nam ſane cum Juſtinianus in *d. Nov.* 1. *c.* 2. ſimpliciter & ſine ulla heredum diſtinctione loquatur, eam ad heredes extraneos reſtringere difficile eſt. Quin idem Imperator in *l. ult.* §. 1. §. 2. & §. *ſin vero. C. de jur. delib.* diſerte loquitur tam de ſuis heredibus ſe immiſcentibus, quam de extraneis adeuntibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omiſſo non in eandem quoque pœnam propter præſumptionem, quam diximus, cum cæteris incidant, ut & Falcidiæ beneficio priventur, ſolidaque legata & fideicommiſſa præſtare debeant, etſi vires excedant patrimonii. Si igitur tenentur de propria ſubſtantia πληρῶσαι, complere legatarios & fideicommiſſarios *d. Novell.* 1. *c.* 2. §. 2. *in pr.* quis color hic prætexi poterit deductioni aut retentioni ſive Falcidiæ ſive legitimæ? Unam enim in liberis jure civili atque eandem portionem hæ duæ hic efficiunt: unde & ipſa legitima a Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus.* 8. §. *meminiſſe.* 14. *in fin. ff. de inoff. teſtam.* ut & ab ipſo Juſtiniano in *l. quæ nuper.* 31. *C. de inoff. teſtam.* atque aucta legitima etiam Falcidia in liberis aucta intelligi debet. *Govean. lib.* 2. *var. lect. c.* 1. *Cujac. ad Nov.* 18. *c.* 1. Quid quod poſita ſuperiore προλήψει, quam probavimus eſſe juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam eam integram jam habere præſumuntur. Non magni itaque momenti ſunt, quæ objiciuntut: qualia quod legitima debeatur tanquam æs alienum; quod nullum recipiat onus aut gravamen; quod non niſi ex cauſis, quæ de inofficioſo querelam excludunt, amittatur. Nam proprie loquendo legitima non eſt debitum, ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. ſcimus.* 36. §. 2. *C. de inoff. teſtam. l. un. in pr. C. de impon. lucrat. deſcript.* & adita non confecto inventario hereditate confunduntur actiones, hereſque quod ſibi a defuncto debetur, amittit. *l. ult.* §. *in computatione.* 9. *C. de jur. delib.* nec querela datur, niſi præteritis aut exheredatis: denique nec ex cauſa ingratitudinis aut inobedientiæ hanc ſententiam defendimus, ſed ex ſupradicta ratione legis præſumentis inventarium non facientes ipſos ſibi ſatis proſpexiſſe: niſi quis exiſtimet, quod humanum videtur, hanc præſumptionem contra liberos non eſſe tam vehementem, quin per rei veritatem elidi poſſit, ſi forte ipſi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hereditatem non eſſe ſolvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommiſſarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 12. *theſ. penult.*

CAP

CAP. XXIX.

Filius hereditatem restituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quia hic usu receptum?

VERISSIMA sententia est, filium hereditatem restituere jussum jure civili unica deductione sive legitimæ sive Trebellianæ portionis contentum esse debere: atque oppido quam alienum est a ratione juris civilis, quod de duplici detractione jure Pontificio cautum est in *c. Raynutius. & c. Raynaldus. ext. de testam.* Rationes hæ sunt. Primum quia harum portionum hoc proprium est, ut una in alteram imputetur, & consequenter altera alteram consumat. *l. mulier.* 22. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. in l. in quartam.* 91. *ff. ad leg. Falcid. junct. l. si quando.* 35. §. 2. *C. de inoff. testam. l.* 8. §. *si quis.* 15. *ff. eod.* 2. Quia alias eadem ratione etiam quartam Falcidiæ de legatis & fideicommissis singularum rerum, & simul legitimam filius heres institutus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit: quanquam id tentat Zypæus apud *Christin. vol.* 1. *decis.* 245. *n.* 12. sed arg. juris in *d. c. Raynutius.* constituti. 3. Quia sic heres fideicommissarius non nisi semissem hereditatis, & nonnunquam etiam minus consequeretur, nempe eo casu, quo propter numerum liberorum ipsa legitima est semis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, lex Falcidia & senatusconsultum cessant. *l.* 1. §. *pen. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. l. Papinianus.* 8. §. 9. 11. & §. *si quis.* 15. *ff. de inoff. testam.* 5. Quia testatoribus omnibus jure civili concessa est libera potestas disponendi de dodrante totorum bonorum. *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid.* & parentibus utique aucta postmodum quantitate Falcidiæ seu legitimæ in liberis, de besse aut septunce. 6. Per textus expressos in *l. coheredi.* 41. §. 3. *ff. de vulg. & pupil. substit. l.* 6. *C. ad senat. Treb. l. liberto.* 21. §. 2. *ff. de ann. legat. l. filium* 24. *C. fam. ercisc. l. quanquam.* 10. *C. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis nostris quadrante duntaxat retento dodrans restituitur. Denique ipse Justinianus *Nov.* 1. *c.* 1. §. 1. satis aperte solius legitimæ deductionem liberis oneratis concedit. Estque veritatis hujus sententiæ tanta evidentia, ut & veterum interpretum multi, *Joan. Glossat. Cynus, Bart. Bald. Fulgos. Jason,* &c. ipsaque Glossa in *d. c. Raynutius*, & recentiores fere omnes, non modo Hotomannus *quæst. illustr.* 4. Donnellus *lib.* 7. *comm. c. ult. Bachov. ad Treutl. vol* 2. *disp.* 14. *thes.* 2. sed etiam Pontifici Romano addicti, Goveanus in *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid. n.* 9. & 10. *Cujac.* 8. *observ.* 3. *Gail.* 2. *obs.* 121. *n.* 4. *Ant. Fab. dec.* 11. *err.* 7. & *Cod. forens. de codicill. defin.* 7. *Tulden in Cod. ad senat. Trebell. n.* 4. *Perez ad Cod. eod. tit. n.* 11. veram eam esse ultro fateantur, Pontificesque Innocentium & Gregorium, excusent, quod secuti communem interpretum errorem secus constituerint. Pauci vero admodum sunt ex neotericis, qui etiam juri civili convenire constitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facile primas tenet And. Fachinæus *lib.* 5. *controv. c.* 2. Cæterum ille in hoc ab aliis, *Anton. Contio lib.* 1. *disp. jur. civil. Peregrino tract. de fideicomm. art.* 3. *n.* 5. discrepat, quod ingenue fatetur duplicem illam detractionem legitimæ simul & Trebellianicæ non convenire juri Digestorum aut Codicis, eamque tantum defendit quasi consentaneam juri novissimo, constitutioni videlicet Justiniani *Nov.* 39. *c.* 1. cæteri vero quasi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jam du-

dudum a doctis viris pleniſſime confutata ſint, & noviſſime a nobiliſſimo & cl. viro D. Jac. Mæſtertio, Collega noſtro *lib. 2. de juſt. leg. Rom. c.* 48. nos eorum ſummam duntaxat colligemus, breviterque ſingulis reſpondebimus: deinde nobis res erit cum D. Fachinæo.

Ajunt igitur, cum duæ iſtæ quartæ ex diverſo jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex ſenatuſconſulto, alteram alteri obeſſe non oportere; quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, ſed heres & ea ex beneficio teſtatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quod legitima detrahatur tanquam a filio, Trebellianica tanquam ab herede; nihil autem abſurdi ſit, unum & eundem duplicem ſuſtinere perſonam, & inde duplex commodum capere. *l. ſi tutorem.* 22. *ff. de his quæ ut indign.* 3. Quod novum non eſt, ut duplex deductio ex gemina deducendi cauſa concedatur. *l. quotiens.* 67. *ff. ad leg. Falcid.* 4. Argumentum ducunt ex *l.* 3. §. 2. *ff. eod.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ & Trebellianicæ. 5. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum reſpondeo, id non procedere, quando utrumque ejus naturæ eſt, ut unum alterum excludat. *l.* 34. *ff. de O. & A.* Deinde imputari in Falcidiam, quicquid heres jure hereditario capit, quo jure in propoſito filius legitimam conſequitur: in Trebellianicam de cujus detractione hic diſputamus, etiam quod jure legati aut fideicommiſſi. *l. in quartam.* 91. *ff. ad leg. Falcid. l. mulier.* 22. §. 2 *ff. ad ſenat. Trebell.* ſicut & in legitimam. *l.* 8. *l. ſi quando* 35. *C. de inoff. teſt.* §. *ult. Inſt. eod.* Ad ſecundum reſpondemus ex *l.* 8. §. *ſi quis.* 15. *ff. de inoff. teſt. & l.* 1. §. *pen. ff. ſi cui plusquam per leg. Falc.* ubi itidem unus & idem duas perſonas ſuſtinet: & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde ſequitur, filium optionem habere utro jure alterutrum conſequi velit. Quid quod nec verum illud eſt, quod ajunt, filium in propoſito duplicem ſuſtinere perſonam: nec enim aliter hic conſiderari poteſt, quam ut a patre heres inſtitutus, quamvis oneretur fideicommiſſo. Ad tertium, unam tantum quartam in ſpecie *l.* 67. *ff. ad leg. Falcid.* deduci, heredemque partem retinere ſuo jure, partem vitio legatarii. Ad quartum, in caſu *l.* 3. §. 2. *ff. ad ſenat. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommiſſo, ſed quæ ſi aſſem ſpectamus, unius tantum quadrantis deductio eſt. Ad quintum, quod legitima neque eſt in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur, alioqui neque per exheredationem ea privari poſſet. Quin nec debitum eſt naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filiis natura definivit: ſed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum conſtitutionibus donatur, & quia liberis non niſi ex graviſſimis cauſis ea adimi poteſt. Solum autem verum debitum heres ſeorſum deducere poteſt, idque demum novo jure ei conceſſum, & non niſi confecto inventario ſecundum conſtitutionem Juſtiniani in *l. ult.* §. *in computatiine.* 9. *C. de jur. delib.* Jam videamus quid ex noviſſimo jure pro tuenda illa duplici detractione afferat D. Fachinæus. Ille ex *Nov.* 39. *c.* 1. ſic argumentatur: Quod filius reſtituere juſſus eſt, de eo illic poteſtas ei ſit detrahendi quartam ex auctoritate Senatuſconſulti: at hoc tantum quod legitimam excedit, juſſus eſt reſtituere; quia legitima fideicommiſſo gravari nequit, &c. Reſpondeo verbis teſtatoris hereditatem reſtitui rogantis etiam legitimam, ut ipſius hereditatis portionem contineri & legibus ſatisfieri, ſi legitimam filius quoquo modo ſalvam habeat. Nam nec ante illam Juſtiniani conſtitutionem legitima fideicommiſſo onerari potuit; ſed hoc ſcilicet effectu non potuit, ut filius ea vel

par-

parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommisso gravari potuerunt, quæ tamen portiones sunt hereditatis, & quod dicitur legitimam non recipere ullum onus, accipiendum est de onere, quod ex dispositione testatoris proficiscitur, *l.* 32. *C. de inoff. test.* non de eo, quod ex ipso jure hereditario exurgit, de quo vide *quæst.* 22. *lib.* 1. Quin potius ex illa ipsa *Nov.* 39. *c.* 1. recte colligas, non posse filium plus quam portionem legitimam deducere, quia excipitur tantum casus unus favorabilis, nempe si legitimæ deductio non sufficiat ad justum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra vero quam satis sit, quicquam deduci non permittitur. *auth. res quæ. C. comm. de legat.* Instat tamen Fachinæus, & hoc præcipue urget, quod legitima illic ipso jure videtur eximi fideicommisso, nempe ut id intra bessem consistat; cujus proinde delibatio ex senatusconsulto recte fiat: quippe quod non minus suffragetur partem restituere rogato, quam totum assem. Respondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquo in coheredes distributo, reponit filium ex providentia legis, non ex judicio patris, legitima potiri: ea vero demum in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex testamento obtinentur. At, inquam, si illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile probatu est in casu proposito legitimam ex testamento, jureque hereditario ad filium pervenire: quoniam in casu filii instituti legitima hereditatis pars est, quæ non absorbetur fideicommisso; quippe quod intra bessem consistit, ut ipse fatetur Fachinæus: & præsumendum est testatorem voluntatem suam submisisse auctoritati juris. Et quid quod alioqui filius vi ipsa a tota hereditate videbitur exclusus, quod nescio an quisquam adhuc dixerit. Non movet, quod dos filiæ hereditatem restituere rogatæ non imputetur, quoniam non est in hereditate patris, ut respondet Papinianus in *l. pater filiam.* 14. *ff. ad leg. Falcid.*

Quod alterum membrum nostræ quæstionis attinet, lippis & tonsoribus notum est, jus illud duplicis detractionis, legitimæ scilicet & Trebellianicæ jure Canonico liberis universali fideicommisso gravatis concessum in foro & judiciis ubique receptum esse. Cæterum hæc adhuc incerta sunt. 1. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an vero & in liberis graduum inferiorum. 2. An id obtineat in liberis fideicommisso puro gravatis, quod statim restituendum est: an vero in gravatis fideicommisso conditionali aut in diem duntaxat. 3. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem. Quantum attinet ad primum dubium, And. Gailius *lib.* 2. *obs.* 133. *n.* 4. jus duplicis detractionis, tanquam ex communi opinione, restringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento *l. jubemus.* 6. *C. ad senat. Trebell.* ubi Zeno liberis primi gradus, filiis aut filiabus heredibus institutis & hereditatem restituere rogatis hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebelliani: quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo institutos & similiter gravatos non pertineat; quam sententiam etiam probasse videtur supremus Hollandiæ senatus *decis.* 9. expresse eam probavit *Curia Fris. apud Joan. a Sande lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 6. & Senatus Sabaudiæ. *Ant. Fab. C. forens. lib.* 6. *tit.* 27. *defin.* 4. Cæterum etsi vera quidem est hæc sententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, sive quos pater, ex quo nati sunt, præcedit, & efficit, ne avo sint gradu proximi: nulla tamen profecto ratio est; cur non idem jus quod filio competit, summoto filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in suo ordine gradum obtinet,

idemque plane juris in bonis avi habet, quod pater in cujus locum ſucceſſit, habiturus fuiſſet, ſi vixiſſet, in bonis patris ſui, idque jure utroque & Canonico & civili. Atque omnino eodem quoque modo accipienda & temperanda eſt illa modo memorata Zenonis conſtitutio. *Pet. de Bellapert. in d. l. jubemus.* & plures alii allegati apud *Sande d. loc. defin.* 6. *Græv.* 2. *concl.* 121. *n.* 6. & ita cenſuit Curia Hollandiæ *deciſ.* 17. *ſub fin.*

Secundum dubium peperit doctrina Gloſſæ in *l.* 8. §. *meminiſſe.* 14. *ff. de inoff. teſt.* diſtinguentis inter fideicommiſſum purum, quod illico reſtituendum eſt, & conditionale vel in diem, quod non ſtatim in reſtitutionem venit: nempe priore caſu filium unum tantum quadrantem, ſive legitimum, ſive Trebellianum deducere; poſteriore utrumque legitimum ſtatim, ut natura ſibi debitum, Trebellianum, ut quemlibet extraneum ex auctoritate ſenatuſconſulti: quam diſtinctionem Bartolus in *l. quanquam.* 10. *C. ad leg. Falc. & DD. comm. in l.* 6. *C. ad ſen. Trebell.* ſecuti ſunt, ut & *Covar. in d. c. Raynutius. Gail.* 2. *obſ.* 121. & Senatus Sabaudiæ apud *Ant. Fab. cod. ſuo for. de codicill. defin.* 7. Rationem hanc afferunt, quod duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideo cum fideicommiſſum purum eſt, una alteram impediat: cui & hanc addit Ant. Faber, non tamen ex ſua, ſed ex ſenatus Sabaudici ſententia, quod eo caſu dici non poſſit, utra prior deduci debeat. At cum ſub conditione vel in diem filius gravatus eſt, ſtatim ut filius deducit legitimam; ſed demum exiſtente conditione aut veniente die deducit Trebellianicam, non ut filius, ſed ut quilibet heres extraneus hereditatem alteri reſtituere rogatus. Ego vero ſæpe miratus ſum hanc diſtinctionem cuiquam probari potuiſſe: quippe quæ nulla auctoritate, & ratione tam futili nitatur. Quin potius ex contrario filio rogato pure hereditatem reſtituere duplex permittenda detractio, quia durius gravatur, quam rogato ſub conditione aut in diem, qui interim commodum hereditatis ſentit, nec fructus perceptos quadranti ſenatuſconſulti imputat. *l.* 6. *C. ad ſenat. Trebell.* Quamobrem recte conſilium Mechlinienſe in arreſto reviſionis, rejecta illa Gloſſæ & Bartoli diſtinctione, cenſuit, liberos non minus pure, quam ſub conditione aut in diem hereditatem reſtituere rogatos utrumque commodum deducere poſſe juxta *dd. cc. Raynutius, & Raynaldus.* in quam ſententiam extat & arreſtum præfecturæ Pariſienſis apud Ann. Robertum *lib.* 4. *rer. jud. c.* 17. eamque & Curia Hollandiæ ſecuta eſt *deciſ.* 17. & Curia Friſiæ apud *Sande lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 4. De tertio quid ſtatuendum ſit, adhuc minus liquet. Equidem Baldus *lib.* 2. *conſ.* 94. ex facto conſultus reſpondit, ubi legitima portio pro numero liberorum eſt ſemis, non duplicem portionem, ſed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hac ratione, ne plus ex hereditate capiat, qui eam reſtituere juſſus eſt, quam is, cui ea eſt reſtituenda, plus is, qui gravatus eſt, quam qui honoratus. Baldum ſecutus eſt Decius *conſil.* 228. *ſub fin.* item *Covar. in d. c. Raynutius.* §. 11. *n.* 6. ubi ait Molinæum huic ſententiæ ſubſcribere *lib.* 7. *conſ.* 3. Sed & uſu ita ſervari videtur innuere Anton. Faber. *error. pragm. dec.* 11. *c.* 9. ubi aſſerit pragmaticos, ſive legitima ſit triens, ſive ſemis pro numero liberorum, ſemper ita ſtatuere, ut ſi quis ex liberis portionem, quam ab inteſtato habiturus eſſet, juſſus ſit reſtituere, hereditas æquis partibus inter heredem gravatum & fideicommiſſarium dividi debeat. Atque ita quoque ſupremum apud nos ſenatum aliquando judicaſſe accepi. Alii tamen contra ſtatuunt, nempe liberos gravatos, quo caſu legitima eorum ſemis eſt, deducere poſſe ſeptuncem cum ſemuncia. *Cra-*

vett

vett. conf. 50. *Cagnol. ad l. Papinianus.* 8. §. *meminisse.* 24. *ff. de inoff. testam. Thesaur. decis. Pedemont.* 252. *Joan. a Sande decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 7. *decis.* 7. *Fachin. lib.* 5. *contr. c.* 3. ubi & hanc sententiam communem asserit; uti & *Græv. d. concl.* 121. *consid.* 1. *n.* 2. & 3. qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur *Christin. vol.* 1. *decis.* 245. *n.* 7. & *decis.* 315. *in fin.* quanquam nihil definit. Et posterior hæc sententia probabilior est, sive verba sive rationem constitutionis Pontificiæ in *d. c. Raynutius.* consideremus. Nam & sine ulla restrictione numeri liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideo concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram etiam quilibet extraneus restitutione gravatus deducit. Nec magis absurdum est v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrahere, quam quatuor aut pauciores, quam absurdum est iis nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos simul paulo plus, pro favore tam copiosæ sobolis, ex bonis parentum consequi, quam extraneum forte unum, cui restituenda hereditas. Sunt, qui & ad parentes id jus producunt, ut & ipsis hereditatem rogatis restituere duas quartas detrahere liceat. vid. *Vasq. tom.* 2. *de success. progress. lib.* 3. §. 26. *n.* 6. *Græv. d. concl.* 121. *consid.* 2. *n.* 6. sed cur igitur non etiam ad fratres idem producunt rogatos hereditatem restituere turpi personæ: nam & illi exheredati aut præteriti hoc casu de inofficioso agere possunt? vid. *Cravett. conf.* 10.

CAP. XXX.

Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes, an in capita succedant?

QUÆSTIO hæc a multis tractata est; sed nescio an ab ullo ita, ut nihil amplius desideres, & qui scrupulum omnem penitus exemerit. Jure veteri certum est fratrum filios in capita non in stirpes successisse. *l.* 2. §. 2. *ff. de suis & leg. her.* nec de hoc jure quicquam mutatum constitutionibus posteriorum Imperatorum, ac ne Justiniani quidem in Codice *l. pen.* & *l. ult.* §. 3. *C. de legit. hered.* §. *hoc etiam.* 4. *Inst. de leg. agn.* Nec mirum, quia & nunquam jure repræsentationis veniebant, ut cum thiis suis concurrerent, aut patruos excluderent defuncti, ejusve fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos; nisi prærogativa agnationis: non enim cognatis, sed agnatis proximis lege deferebatur hereditas. *l.* 2. §. *legitima.* 4. *ff. de suis & legit. hered.* §. 1. *Inst. de leg. agn. success.* quam agnationis prærogativam demum penitus sustulit Justinianus *Nov.* 118. *c.* 4. unde sumptæ authenticæ, quas Irnerius *tit. C. de legit. her.* inseruit. Eadem autem Justiniani constitutio causam dedit quæstioni, quam hoc loco tractandam suscepimus. Sic igitur ille in *c.* 3. *d. Nov.* 118. tertium succedentium ab intestato ordinem, id est, lateralium, sublato veteri agnationis & cognationis discrimine, disponit.

Primum in hac successione locum obtinere vult fratres sororesque germanos sive ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræsentationis; ut tantam partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, si vixisset, non tantum thios defuncti, sed etiam eosdem defuncti fratres,

tam consanguineos, quam uterinos vi ejusdem constitutionis exclusisset. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres consanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hereditas pertinet, nec non ad avunculos æque ac ad filios sororum honoraria. *l.* 1. §. *antepen.* & *pen. l.* 2. §. 4. *ff. de suis & leg. her. l.* 1. §. *pen. ff. unde cogn.* Post fratres germanos eorumque demortuorum filios ad hereditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, consanguineos & uterinos, unaque cum his eorum præmortuorum filios in stirpes. Quod si neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quo autem quisque proximior est, ita alterum vult excludere: & si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam ercisci. Hinc, inquam nata est proposita quæstio; Utrum fratrum filii, quando soli sunt, seu quando non concurrunt cum thiis suis, id est, patruis aut avunculis, in stirpes succedere debeant, ut si unus e fratribus filios pauciores, unum forte aut duos, alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem consequantur, quam ille unus aut duo; an vero in capita, ut in tot partes hereditas dividatur, quot sunt personæ succedentium? Azo censuit eos in capita succedere; Accursius in stirpes. Azonis sententia vi ipsa unico tantum defenditur argumento, nempe quod ea & juri veteri, & posterioribus quoque constitutionibus consentanea sit, nec ostendi possit Justinianum quicquam in casu proposito innovasse. Accursius eumque secuti prius fatentur, posterius negant, & in hac quoque parte jus vetus a Justiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primo argumentantur; Qui jure repræsentationis succedunt, non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius capere possint, quam is, cujus personam repræsentant, accepturus fuisset. §. *cum filius.* 6. *Inst. de hered. quæ ad intest.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis. Ergo &c. Qui partes Azonis tuentur, respondent falsam esse istius argumenti assumptionem, si in sensu diviso, quod hic quæritur, accipiatur, id est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianum in *d. c.* 3. *Nov.* 118. eo tantum casu filios fratrum jure repræsentationis succedere velle, quando concurrunt cum thiis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint, quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuisse, ut in patris sui locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non sit, cum soli reperiuntur, & propria ex persona succedere queant. Neque enim generaliter voluisse Justinianum, ut semper esset repræsentationi locus filiis fratrum succedentibus vel ex eo liquere, quod non statim idem jus constituit, cum fratres succedunt una cum parentibus, quod fecit demum *Nov.* 127.

Secundo proferunt Accursiani exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis suis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane sit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuit & nunc est. Sed bene respondent sectatores Azonis duas hasce species certo jure distinctas esse. In linea recta descendentium nunquam proximitatem spectari, §. *cum filius.* & §. *ult. Inst. de her. quæ ab intest.* in linea transversa perpetuo & solam. *Inst. de leg. agn. succ. in pr.* & *pr. inst. de succ. cogn. l.* 3. *C. de leg. her.* unde unum tantum illum casum,

nempe

nempe cum fratrum filii cum thiis suis concurrunt, exceperit Justinianus. Denique & hoc vel maxime Accursius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos & avunculos, qui eodem gradu sunt. *d. c.* 3. *vers. quandoquidem.* Cui argumento respondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu sunt proximiores: nec tamen inde sequatur eos hoc casu succedere jure repræsentationis, non magis quam si quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præfertur fratri ex altero duntaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu est, ergo jure represéntationis succedit. Concludit igitur Azo fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant exclusis iis, qui eodem gradu, aut etiam proximiore sunt, si illorum jus sit potius: sicut ex constitutione Justiniani potius est jus filiorum fratris, tanquam descendentium, quam patruorum, qui instar sunt adscendentium, & jus fratrum germanorum, eorumque filiorum propter duplex vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum. *Hotom. illustr. quæst. c.* 14. *Zas. lib.* 1. *intellect. sing. c.* 7.

Atque hæc quidem ita pro defensione Azonis sententiæ, cui & ipse alibi acquiesco non improbabiliter disputari videntur: sed vereor ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis *d. Nov.* 118. *c.* 3. Azonis opinio minus convenit. Postquam enim Justinianus fratrum germanorum filios una cum fratribus germanis ad successionem defuncti admisisset jure repræsentationis, ut scilicet locum patris sui obtinerent, & tantum consequerentur, quantum pater eorum habiturus fuisset: mox subjicit, ὅθεν ἀκόλουθόν ἐστιν, unde consequens est, ut istorum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præponendi sint. Ex quo vero? ex eo nempe, quod eos venire voluit ex persona patris sui. Hinc enim consequens est, ut fratribus defuncti consanguineis tantum aut uterinis præferantur, sicuti pater eorum, si viveret iisdem præponeretur, ut ipse Imperator ibidem ait. At inde inquam ego & hoc consequens est, & sententiæ Justiniani conveniens, ut etsi defunctus nullos fratres germanos reliquit, sed horum filios duntaxat, fratresque uterinos aut consanguineos, isti fratrum germanorum filii hosce thios suos excludant non proprio aut proximitatis jure, sed repræsentationis: ac Proinde non in capita, sed in stirpes hereditatem dividere debeant. Præterea in *d. c.* 3. *vers. quandoquidem igitur.* ait Justinianus ex eo, quod filiis fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, τοιοῦτο προνόμιον dedit, manifestum esse eos etiam thiis defuncti præponendos esse, quamvis gradu paribus: unde iterum liquet, eos ne hoc quidem casu ex sua persona, quia sunt proximiores, thiis defuncti anteponi, sed ex persona patris sui, quem repræsentant, & cujus locum subeunt, ac proinde etiam hoc casu non in capita, sed in stirpes ex sententia Justiniani eos succedere necesse est. Etenim omnino hic considerandum est, quod Justinianus, ut apparet ex tenore totius istius *c.* 3. *Nov.* 118. jus repræsentationis introduxit non ad hoc solum, ut filii fratrum possent concurrere & simul cum fratribus defuncti, a quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, succedere: verum etiam ad excludendos alios, qui alioqui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari sunt gradu, & alias obstarent, quominus illi soli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos, a

 qui

quibus ipſi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres ſcilicet defuncti conſanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi poteſt, quam quod filii fratrum, citra hanc repræſentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejuſdem excludere poſſunt: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti conſanguineos aut uterinos; quippe qui uno gradu ſunt proximiores. Nec verum eſt, quod contrariæ ſententiæ auctores ajunt fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantum parente conjunctos, quia propter duplex vinculum proximiores habentur: ſed illud verum eſt, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum eſſe, ut vicem patrum ſuorum ſuſtineant, & jure repræſentationis, quamvis uno gradu ſint remotiores, tales thios ſuos excludant. Similiter & illud, quod ajunt ſucceſſiones facilius deſcendere, quam adſcendere, ſi juris noſtri rationem ſpectes, falſum eſt in linea tranſverſa: neque hanc novi juris a ſe conſtituti rationem affert Juſtinianus; ſed aliam, nempe quod voluit fratrum filios in locum patris ſui ſuccedere: quod etiam bene obſervavit Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 16. *theſ.* 5. *Ant. Faber in diſp. forenſ.* quam ſubjecit libello *de var. nummar. debitor. ſolut.* Quamobrem ex ſententia Juſtiniani ſic omnino ſtatuendum videtur, fratrum filios, ſive cum iis, a quibus alias excluderentur, concurrant, ſive vocentur ad excluſionem aliorum, qui alias cum iis concurrerent, aut eos ipſos excluderent, non alio jure ad hereditatem admitti, quam repræſentationis, nec in capita, ſed in ſtirpes ſuccedere. Quid vero ſi defunctus nullos fratres aut thios reliquerit, ſed fratrum filios duntaxat? Hic facile admittam in capita eos ſuccedere debere: quippe cum ex propria perſona venire poſſint; ac proinde non indigeant privilegio. Eſt enim jus repræſentationis fictio quædam, quæ nunquam inducitur, niſi ex neceſſitate: quanquam ne hoc quidem concedant. Ant. Faber & Bachovius. Et igitur, ſi iſto, quem dixi, ſenſu quæſtio propoſita, utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in capita, an in ſtirpes ſuccedant, accipiatur, haud gravate Azonis ſententiæ ſubſcribam: cum utique hic circa hunc caſum a Juſtiniano mutatum eſſe doceri non poſſit, Atque hæc Cujacii quoque ſententia eſt *parat. C. de legit. her.* ubi negat exceptis tribus illis, quos diximus caſibus in linea collaterali repræſentationi locum eſſe; item Fachinæi *lib.* 6. *controv. c.* 3. & Bronchorſtii *cent.* 3. *aſſert.* 69. quæ etiam probata ſenatui Sabaudiæ. teſte *Ant. Fabr. Cod. ſuo forenſ. de legit. hered. defin.* 1. Et eodem modo forte explicanda & limitanda conſtitutio Caroli Quinti, qua Azonis ſententiam in comitiis Spirenſibus confirmavit anno 1529. quod & Mynſingero viſum arguunt, quæ ſcribit *cent.* 3. *obſ.* 94. Poſtquam hæc ſcripſeram, animadverti & hanc Græcorum eſſe ſententiam ex Harmen. *lib.* 5. *tit.* 8. *n.* 21. ubi ſcribit. Si defuncto fratres non ſuperſunt, ſed filii fratrum duntaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus, κατὰ πρόσωπον καὶ κεφαλὴν αὐτῶν γίνεται ἡ κληρονομία· τουτέστιν, ὅσοι εἰσίν, ἐξ ἴσου εἰς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται, per capita & in ſingulas eorum perſonas hereditas diſtribuitur, id eſt, quodquod ſunt, ex æquis portionibus ad hereditatem vocantur. Quo jure in propoſito noſtrates utantur, cognoſci poterit ex *Ordin. polit. & Placit. de ſucceſſ. ab inteſtato. Grot. lib.* 2. *introduct. c.* 28. Nobis in hiſce quæſtionibus propoſitum non fuit indicare ſemper, quid juris in quaque re legibus, aut moribus noſtris obſervetur: & hoc forte aliis tædium afferret.

CAP.

CAP. XXXI.

An in successione fratrum consanguineorum & uterinorum, discretio bonorum observanda? Et obiter, an observanda in successione adscendentium?

DEFICIENTIBUS intestato mortui liberis & parentibus, itemque fratribus ex utroque parente conjunctis, eorumque filiis, Justinianus ad hereditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos, consanguineos & uterinos, *Nov.* 118. *c.* 2. *&* 3. qua constitutione ex parte quidem confirmat ea, quæ antea tum a Leone & Anthemio *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. in pot.* tum ab eo ipso *l. ult. C. comm. de success. Nov.* 84. *c.* 1. §. 2. sancita sunt circa prærogativam eorum, qui duplici vinculo defuncto nexi; sed ex parte etiam, & quidem maxima, mutat, admissis simul cum his, & primo quidem loco, parentibus defuncti proximis, quos antea excludebant; & ita admissis, ut illi quoque excludant fratres defuncti consanguineos & uterinos, a quibus ipsi antea excludebantur. Quæsitum autem est, utrum hi fratres defuncti consanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris ex illa constitutione Justiniani succedant, an ita ut consanguinei bona paterna, uterini bona materna consequantur, sola autem aliunde quæsita æqualiter inter eos dividantur? Communis sententia est, in hac successione bona a patre profecta ad fratres consanguineos, a matre profecta ad solos uterinos pervenire. *Gomez. ad leg. Taur.* 8. *n.* 8. *Graff.* §. *successio ab intestato. quæst.* 32. *Forster. lib.* 8. *de succ. ab int. c.* 8. unde illud, quo nihil vulgatius, paterna paternis, materna maternis deferri: quam sententiam etiam amplexi sunt Cujacius in *expos. Nov.* 84. *Don. lib.* 9. *comm.* 4. *Gudelin.* 2. *de jur. noviss.* 15. Fundant autem hanc suam sententiam in *l. de emancipatis.* 13. §. 2. *C. de leg. hered.* Et sane negari non potest, quin Justinianus illic fratres omnes ad successionem fratris emancipati vocans excipiat bona materna, in quæ eos solo succedere vult, qui sunt ex eadem matre. Nam de solis fratribus germanis, ceu vult Fachin. *lib.* 6. *contr. c.* 5. id accipi consuetudo loquendi non patitur: nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur, si dicamus illic agi de casu patris adhuc superstitis, quo propter usumfructum, quem pater habet, evidentior est bonorum distinctio. Illud enim nihilominus manet, ad bona a matre profecta solos ex illa constitutione vocari, qui sunt ex eadem matre exclusis fratribus consanguineis, quod Novella Justiniani 118. *c.* 3. negant esse mutatum. Sed videamus an hoc quod dicunt, verum sit. Equidem decisio hujus quæstionis non ex legibus Codicis, sed ex novissima illa Justiniani constitutione petenda est. Et nos contra intrepide asserimus etiam id, quod a Justiniano in *d. l. de emancipatis.* §. 2. *C. de legit. hered.* constitutum est, per *d. Nov.* 118. *c.* 3. esse abrogatum. Nusquam magis variant leges & constitutiones præsertim posteriorum Principum, quam circa jura successionum ab intestato, nec tantum circa ordinem descendentium, verum etiam adscendentium & lateralium, uti videre est *Inst. de her. quæ ab int. def. item de leg. agn. success. de senat. Tertull. & Orfic & ff. & C. eod. l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success. l.* 13. *& ll. seqq. C. de legit. her. Nov.* 84.

 c. 1.

c. 1. *&* 2. &c. Justinianus autem omnia illa priora jura circa hereditates intestatorum, & suas quoque ipsius constitutiones anteriores jussit cessare, ἀργῶν *d. Nov.* 118. *in pr.* eaque sola pro jure in posterum servari, quæ illic tandem de novo constituit. Relinquitur igitur, ut & ex eadem Novella quæstio proposita decidatur. Quid igitur illic constituit Justinianus? Primo, deficientibus defuncti liberis & parentibus, jubet fratres & sorores utrinque conjunctos, eorumque demortuorum filios per repræsentationem succedere in universa bona defuncti fratris. Post hos secundo loco vocat fratres ex uno tantum parente conjunctos, sive per patrem, sive per matrem, & simpliciter item, ac sine ulla bonorum distinctione. Hac igitur constitutione abrogatur. *l. ult. C. comm. de success. Nov.* 84. §. 1. *&* 2. *cum simil.* quippe cum illic parentes excludantur non tantum a fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, sed etiam progenitis ex alio: hic autem illi cum parentibus admittantur duntaxat, hi etiam a parentibus excludantur, & demum post parentes, quos antea excludebant, & post fratres germanos, in quo solo nihil mutatur de illarum constitutionum priorum jure, vocentur: & denique demum post fratrum germanorum filios, quibus ipsi ante hanc Justiniani Novellam præferebantur. In *l. de emancipatis.* §. 2. *C. de legit. her.* quæ posterior est *d. l. ult. C. comm. de success.* non tractatur simpliciter talis casus, quo fratres sibi invicem succedunt, verum quo succedunt fratri emancipato concurrente patre defuncti quoad usumfructum: hoc casu si emancipatus reliquerit bona materna in ea solos eos succedere vult Justinianus, qui sunt ex eadem matre; cætera bona defuncti in totam fraternitatem cedere: cætera inquam præter materna; ac proinde tam ea, quæ a patre forte profecta, quam quæ aliunde: & cedere inquam tam iis, qui ex alio atque alio matrimonio procreati sunt, quam qui ex eodem: nam sub tota fraternitate comprehenduntur utique & consanguinei & uterini. Quo colore igitur interpretes ex hoc loco illud suum, paterna paternis materna maternis, elicere potuerunt? Sed & illud ipsum, quod circa eam speciem Justinianus ibi constituit, postea ab eo sublatum esse satis evidenter arguit *d. Nov.* 118. *c.* 2. *&* 3. *in pr.* Ubi cum post descendentes statim vocasset adscendentes defuncti proximos, & cum his simul ad hereditatem admisisset fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus descendentibus & adscendentibus ex lateralibus primo loco vocat eosdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum distinctio est: & post hos secundo loco fratres ex uno duntaxat parente conjunctos, sive per patrem solum, sive per matrem. Ex eo autem quod post fratres utrinque conjunctos simpliciter & jure proximitatis, vocantur ex uno tantum latere juncti, consanguinei cum uterinis, recte colligitur eos etiam similiter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris succedere debere, nec plus juris relinqui uterinis in bonis defuncti maternis, quam ejusdem fratribus consanguineis, aut plus his, quam illis, in bonis profectis a patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, secundum quam successio fit in universa defuncti bona, pariterque ad successionem vocati æqualiter defunctum representant. Quando autem bona, licet a diversis parentibus profecta, semel alicui obvenerunt, unum fiunt & simplex ejusdem patrimonium insuper habita causa acquisitionis. Quod si bonorum origo & causa attenderetur, consequens & rationis esset, ut etiam consanguinei cum fratribus utrinque conjunctis eorumque filiis admitterentur ad bona paterna: item ut in bonis maternis eodem modo cum fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterni. Denique ut si tan-

tantum sint bona paterna, nulla materna, uterinus a consanguineo excluderetur; & ex adverso, si nulla paterna, consanguineus ab uterino: quippe in bonis, quæ ab uno latere provenerunt, si causam acquisitionis & originem bonorum, non ipsum jus successionis, & propinquitatem succedentium consideremus, nihil operari potest duplicitas vinculi. Et ita in feudis consanguineum, ab utrinque conjuncto non excludi constat. Ita ex veteribus Fulgosius & Corneus in *auth. itaque C. comm. de success.* ex recentioribus Petrus Barbosa ad *l. post dotem.* 41. *cum* 2. *seqq. n.* 71. *ff. solut. matrim.* Andr. Fachinæus *lib.* 6. *contr. c.* 5. Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *disp.* 16. *thes.* 4. Iisdem rationibus evincitur, nec in successione adscendentium ullam bonorum discretionem faciendam esse, sed adscendentes quoque diversæ lineæ, qui pares gradu sunt, æqualiter succedere in bonis defunctorum liberorum undecunque profectis, non inspecta scilicet causa acquirendi, sed sola persona ejus, cui succeditur, ut recte post veteres allegatos a Mynsingero *lib.* 6. *obs.* 55. *n.* 3. Barbosa *d. loc. n.* 67. & Fachin. *d. lib.* 6. *c.* 4. docent: & consentiunt *Forster. lib.* 7. *c.* 4 *n.* 2. *Grass.* §. *successio ab intestato. quæst.* 22. *n.* 5. quod mirum est, cum in quæstione modo tractata & huic plane simili a nobis dissentiant: sed hoc & ab aliis factum est. Frustra autem hic objicitur *l.* 3. *C. de bon. quæ lib.* quippe ubi hoc tantum statuitur, ut nepoti defuncto sine liberis in proprietate succedat pater, avus usumfructum habeat, avus sc. paternus non maternus. Hæc porro sententia meruit & assensum Cameræ Imperialis testibus *Mynsing. ubi supra*, & *Hart. Hartm. pract. obs. tit.* 42. *obs.* 3. & Senatus Sabaudici teste Ant. Fabro *Cod. suo for. lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2.

CAP. XXXII.

An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos susceperit?

MORTIS causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio donatoris, seu ex pœnitudine revocari potest. §. 1. *Inst. de donat. l. mortis.* 16. *l. qui mortis.* 30. *ff. de mort. caus. donat.* Mera autem & simplex donatio natura sua irrevocabilis est. Quod vero hanc etiam aliquando revocare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam rependentis, non ex intentione donantis; utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti. *l.* 1. *ff. de donat. l. ubi ita.* 27. *ff. de mort. caus. donat.* quanquam tamen si præscivisset donator donatarium ingratum fore, procul dubio beneficio abstinuisset: unde ortum est etiam in hisce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitudinem donatarii revocatio permissa, sed ob insignem duntaxat, & talem, quæ sceleri affinis sit aut conjuncta: nempe si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidietur; si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conditiones donationi appositas implere nolit. Ob has enim causas duntaxat donationem revocari permisit Justinianus in *l. ult. C. de revoc. donat.* Additur tamen a DD. & alia causa revocandæ donationis, videlicet si donator, tempore donationis ἄπαις illiberis, post donationem factam liberos susceperit, *arg. l. si unquam.* 8. *C. de revoc. donat.* Quamvis enim ista constitutio tantum loquatur de patrono donatore, & liberto donatario, putant tamen quorunque do-

donationes eodem illo jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur hoc potissimum argumento, quod quotiens ratio legis generalis est, totiens quoque ipsa legis dispositio generalis esse intelligitur: & assumunt pro vero generalem esse juris, quod in *d. l.* 8. *C. de revoc. don.* constituitur, rationem, nec magis ad donationem liberto, quam cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc esse, quod nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere voluisse. *arg. l. cum avus.* 102. *ff. de cond. & demonst. l. cum acutissimi.* 30. *C. de fideicomm.* Unde porro eliciunt donationem factam ab eo qui liberos non habet, in se continere tacitam conditionem, ut si liberi ei postea nati fuerint, donatum ad se revertatur: quippe, quem si de liberis cogitasset, donaturum non fuisse credi oporteat. *Gomez. lib.* 2. *var. resol. c.* 4. *n.* 11. *Clar. §. donatio. quæst.* 22. *Cujac. lib.* 20. *obs.* 5. *Mynsing. lib.* 5. *obs.* 63. *& seq. late Tiraquel. in d. l.* 8. *C. de revoc. don. Tulden. in Cod. de rev. don. n.* 3. *Fachin. lib.* 3. *contr. c.* 85. quo jure & nos uti scribit *Grot. lib.* 3. *introduct. c.* 2. adde *Christin. vol.* 4. *decis.* 192. *Timæ. Fab. disp. anniv.* 17. *thes.* 4. Sed procul dubio in puncto juris verior est sententia eorum, qui asserunt in solo patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis speciem locum habere. Cur enim Imperatores, si idem in quibuslibet donatoribus & donatariis obtinere voluissent, patroni tantum & non liberti mentionem faciunt? An quia ad consultationem partis rescribunt, quia forte ex facto inciderat, ut de donatione a patrono facta quæreretur? Atque hanc suam constitutionem non dirigunt ad consultorem aliquem, sed ad præfectum prætorio in forma edicti perpetui, hunc in modum: *Si unquam libertis patronus filios non habens*, &c. Quod si in quolibet donatore idem obtinere voluissent, uno saltem verbo id indicassent, aut utique ita scripsissent: *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit*, &c. Itaque constitutio hæc, quæ singulare jus continet, *l. sicut.* 5. *C. de oblig. & act.* & contra regulam de donationibus semel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extra terminos non est extendenda. Multa in liberto sunt singularia, quæ constat ad alios trahi non posse: quippe qui propter inæstimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modo honorem omnem & reverentiam, sed etiam obsequia & operas. *ff. de obseq. par. & patr. præst. & ff. de op. libert.* qui patronum egentem liberosque patroni de suo alere tenetur. *l. si quis.* 5. *§. solent.* 18. *ff. de agnosc. & alend. lib.* qui moriens certis conditionibus bona sua patrono debet relinquere, & cujus intestati bona certis item conditionibus ad patronum liberosque ejus redeunt. *Inst. de success. libert.* quem eandem ob causam etiam multa æquo animo ferre oportet, quæ licet cum incommodo ejus, favore patroni constituta sunt. §. 1. *Inst. qui & ex quib. caus. man.* §. 1. *Inst. de hered. qual.* & iniquum esset constitui in aliis. Unde etiam est, quod vel neglectus obsequii in liberto donatario sufficiens causa sit donationis in eum a patrono collatæ revocandæ. *l.* 1. *C. de revoc. donat.* Cum itaque qualitas ipsa personæ donatoris & donatarii sit præcipua causa hujus revocationis, non soli aut per se liberi a donatore postea suscepti, quis non videt propter eandem conditionem personæ in liberto donatario duntaxat hanc præsumptionem valere Principes voluisse, ut eadem mente ille, eademque lege accipere intelligeretur, qua patronus pro effectu donare; nimirum ut natis postea patrono liberis donata reddat: in aliis vero valere jus commune, quo propositum in mente retentum nihil operatur. Nam quoties lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est legem ad alias personas non per-

pertinere. *l. si vero.* 64. §. *pen. ff. solut. matrim. l. quod constitutum.* 21. *ff. de testam. mil.* Et illud utique palam est, jure communi non sufficere ad revocationem donationis, quod forte in unius animo aliquid præsumatur, cum utriusque consensu perficiatur donatio, nec nobis liceat citra legum auctoritatem tacitas fingere conventiones, aut conjecturas sectari, ubi verba legis aperta sunt ac clara, & sensum minime absurdum habent. Perperam vero ad præsentem casum trahitur, quod pro ratione decisionis in specie dispositionis ultimæ proposita in *l. cum acutissimi.* 30. *C. de fideicommiss.* affert Justinianus, neminem scilicet præsumi alienas successiones propriis anteferre. Nam decisio *d. l. cum acutissimi.* tantum locum habet in testatore fideicommisso gravante unum ex progenie sua, cujus porro posteri & ipsi sint in familia testatoris, quod quomodo ad nostrum casum, ubi aliquis liberos non habens in extraneum absolute & perfecte donationem contulit, applicari queat, non video. Et alioqui pari ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cum forte unum duntaxat filium haberet, partem facultatum alicui donavit, & postea eo mortuo, aut vivo adhuc plures liberos suscepit. Cui adde, quod dispositiones ultimæ ex solius testatoris mente interpretationem accipiunt, & pro ejus solius arbitrio constituuntur, sustinentur, & revocantur. *l. in conditionibus.* 19. *ff. de cond. & dem. l. ex facto.* 35. §. *rerum.* 3. *ff. de hered. instit. l. si mihi.* 12. *in fin. ff. de legat.* 1. secus atque actus inter vivos, in quibus omnium voluntas spectanda, nec pœnitentia admittitur. *l. non solum.* 31. *ff. de oblig. & act. l. sicut.* 5. *C. eod.* & in quibus contra eum fieri solet interpretatio, cui liberum fuit re integra aperte loqui & legem, quam vellet, claris verbis exprimere. *l. veteribus.* 39. *ff. de pact. l. quidquid. ff. de verb. oblig.* cum similib. Similiter nostro casui adaptari nequit, quod Papinianus in *l. cum avus.* 102. *ff. de cond. & demonstr.* cum speciem proposuisset, ubi testator a nepote, quem ex parte heredem instituit, petiit ut post mortem hereditatem restitueret patruo suo, respondet nepote liberis relictis mortuo defecisse conditionem fideicommissi ductus conjectura pietatis, ut ipse ait; nam conjectura illa pietatis ex eo ducitur, quod non videatur avus nepotem gravare voluisse in eum casum, quo liberi nepoti nascerentur, eo quod pietas suadeat, ut liberis potius relinquatur hereditas, quam aliis, utcunque testatori defuncto conjunctis (nam in casu *d. l. cum avus.* rogatus est nepos hereditatem restituere testatoris filio) nec credendum sit avum pro nepote id consilium cepisse, quod ipse nepos non nisi impie capturus erat, ut recte Ant. Faber *lib.* 7. *conject.* 14. Hoc vero longe diversum est a casu, quem hic tractamus, ubi quis in extraneum pure & absolute quid transtulit, qui nec ex liberis donatoris est, nec de re donata reddenda absque expressa conventione obligari potuit. Quibus & illud accedit, quod *d. l. si unquam.* non tantum locum habet, si omnia bona, sed etiam si pars aliqua eorum donata sit. Est vero absurdissimum ob liberos donatori postea natos donationem partis alicujus bonorum cuicunque & a quocunque factam revocari; quippe quo admisso nemo nisi liberos habens pure & plene donare intelligeretur. Huc item facit, quod bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, sed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem, *d. l. si unquam.* qui proinde de iis jam iterum libere disponere potest, & salva saltem liberorum legitima, ea omnia una cum cæteris bonis in quoscunque velit, conferre. *l.* 1. *l.* 2. *& tot. tit. C. de inoff. donat.* Atque ita, quo nihil dici potest absurdius,

 poste-

posteriores illi potiores erunt & præferentur ei, in quem jam antea earum rerum dominium plene & absolute translatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri, quod vel solum argumento esse potest, qualitatem ipsam personæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam esse hujus revocationis causam. Ex hoc porro simul concidunt objectiones sumptæ a miseratione liberorum, & injuria, quæ alias eis fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum liberis est jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela scilicet inofficiosæ donationis *tit. C. de inoff. donat.* Et ipse quoque pater eam revocare potest, quatenus debitum liberis bonorum subsidium excedit. *l. si totas.* 5. *C. eod. tit.* Aliud remedium frustra quæsieris. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos postea natos, tanquam ex causa generali loquatur, ac ne apud Justinianum quidem, qui, cum liberorum jura ubique non servaverit modo, sed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset; certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, id omissurus non fuerat. Quid quod & Canones huic nostræ interpretationi consentiunt, *c. ult. c.* 17. *quæst.* 4. ubi Divus Augustinus laudans factum sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere; sed jure fori, non jure poli.* Respondet Fachinæus *d. lib.* 3. *c.* 86. Constantinum non potuisse ligare ecclesiam, quasi vero ecclesiæ exleges fuerint. Posset forte huic responsioni species aliqua prætexi, si Augustinus de Romana loquutus fuisset: quia jam tum scilicet a Constantino facta erat Sylvestro Episcopo Romano prodigiosa illa donatio, quæ memoratur *lib. decretor. distinct.* 96. Postremo de solis patronis donatoribus & libertis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, constitutionem Constantini, quæ tertia est in Codice Theodosiano *tit. de revoc. donat.* & eadem cum illa octava in Codice Justinianeo *eod. tit.* interpretatus est Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante imperium Justiniani, eoque modo eandem constitutionem accepit Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 2. item *Azo in summ.* & plerique Neotericorum, *Connan. lib.* 5. *comm. c.* 10. *Ant. Fab. lib.* 7. *conject. c.* 14. & 15. *Donell. ad d. l. si unquam. Bachov. ad Treutl. disp. de donat. thes.* 7. *lit. E. Coras. lib.* 7. *miscell. c.* 30. *Hotom. lib.* 1. *respons. amic. c.* 12. ubi levicula quædam removet, quæ a Cujacio objiciuntur ex *l. cum tale.* 72. §. 1. *ff. de cond. & demonstr.* & *l.* 1. *C. de revoc. donat.* quasi quæ ibi constituuntur de liberto, etiam in extraneis locum habeant, quod cum Accursio & aliis negat Hotomannus. Sed sit ita, quædam quæ in liberto valent, etiam locum habeant in non liberto: inde tamen non efficitur etiam in quæstione proposita eandem liberti & extranei rationem esse, cum in plerisque aliis longe sit diversa, & quod hic contra tenorem juris communis introductum est, in persona donatoris patroni, non debeat produci ad consequentias. *l. quod vero.* 14. & *l. seq. ff. de legib.*

CAP.

CAP. XXXIII.

An per querelam inofficiosæ donationis tota revocetur donatio?

QUERELA inofficiosæ donationis ſpecies quædam eſt revocationis donationis factæ inter vivos, comparata confirmandæ querelæ inofficioſi teſtamenti gratia, ad quam eludendam donationes inofficioſæ inſtructæ ſunt. *l.* 1. *l. ſi mater.* 7. *C. de inoff. donat.* Nimirum exhauſto immodica donatione patrimonio querela inofficioſi teſtamenti eluditur, legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, ſive donator eos heredes inſtituat, ſive inteſtatus decedat: nihil enim his relinquitur præter nudum nomen heredum: nec querela datur niſi præteritis aut exheredatis. *pr. Inſt. de inoff. teſtam.* Sed & ſi alium heredem donator inſtituat, querelam tamen inutilem facit inofficioſa donatio, ut ne ſic quidem præteriti aut exheredati quicquam conſequantur præter nomen inane heredum. *l.* 3. *C. eod. tit.* Atque hinc eſt, quod inofficioſæ donationes inſtructæ dicuntur ad querelam inofficioſi teſtamenti eludendam, excludendam, intervertendam. *l.* 1. *l. ſi mater.* 7. *C. eod. l. Titia.* 87. §. *Imperator.* 3. *ff. de legat.* 2. Cum igitur inofficioſæ donationes excogitatæ eſſent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occurſum eſt oportuno remedio, quo immodicæ hujuſmodi donationes revocarentur, conſtituta in eam rem querela inofficioſæ donationis ad exemplum & ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti. Quatenus autem donatio hæc revocetur, in totumne, an quatenus legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu eſt dicere. Nam cum ad ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti hæc revocatio introducta ſit, conſentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficioſi tota reſcinditur inſtitutio, ſic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Omnes autem fere leges ſubjectæ titulo *C. de inoff. donat.* hanc comparationem continent. Eſt quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficioſi teſtamenti impugnatur ultima diſpoſitio & injuria exheredationis vindicatur; hac autem querela revocatur contractus inter duos initus & perfectus, idque ab ipſis heredibus, quamvis ſolo nomine, ſed hoc parum ad rem præſentem facere videri poteſt cum in *l. ult C. eod tit.* Imperatores dicant dubitandum non eſſe, quam immodicarum donationum omnibus querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus fuerit introducta, ut ſit in hoc actionis utriuſque vel una cauſa vel ſimilis exiſtimanda, vel idem & temporibus & moribus. Afferuntur pro hac ſententia & loci nonnulli aliunde petiti, præſertim ab Ant. Fab. *lib.* 3. *conject.* 17. Et primum, quod apud Ulpianum *l. ſi libertus.* 16. *ff. de jur. patron.* legimus, ſi libertus ſe minorem centenario in fraudem legis fecerit, in totum non valere quod actum eſt: unde colligunt etiam donationem inofficioſam, quæ & ipſa in fraudem legis fit, in totum non valere aut revocari. 2. *l. cum res.* 4. *C. de contr. empt.* ubi cum mulier omnia ſua bona donaſſet Luciano, eaque defuncta relicto filio, Lucianus bona ſibi donata & tradita emiſſet a filio herede donatricis, ajunt Imperatores hanc emptionem prodeſſe poſſe Luciano ad defenſionem, *ne* (*filius*) *exemplo inofficioſi teſtamenti poſſit hæc avocare*, quæ verba videntur maniſte oſtendere filium immodicam donatio-

nem a matre factam in solidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri potest, quam ad illa antecedentia, *omnia bona tibi ab eo donata*. Cæterum hæc ad decisionem hujus quæstionis non satis momenti habent. Nam dici potest comparationem illam utriusque querelæ non absolute, sed secundum quid accipiendam esse, quatenus scilicet una & similis utriusque causa est, eademque temporibus & moribus, cum utraque quinquennio finiatur, & excludatur exceptione ingratitudinis: & verba hæc *l. ult. C. de inoff. donat. omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus introducta*, commode sic accipiuntur, omnibus scilicet legibus, quæ de hac querela dispos uerunt, vel pro omnibus, quibus concessa querela inofficiosi testamenti: ut illud discrimen adhuc maneat, quod licet testamentum inofficiosum in totum rescindatur; immodica tamen donatio pro parte duntaxat; idque hac ratione, quia testamentum inofficiosum privat liberos hereditate, quæ tacita quadam lege naturæ liberis debetur: at donatio inofficiosa non facit, quo minus iidem donatori heredes sint, qui sine donatione futuri erant. *l. 4. C. de contr. empt.* sed ut qui erunt tantum non percipiant, quantum donatione non facta omni jure habituri essent, puta portionem saltem legitimam.

Sed & comparatio inofficiosæ donationis, & donationis factæ a liberto in fraudem legis & patroni dici potest claudicare. Utramque quidem in fraudem legis fieri, sed illam liberti in totum: quia libertus donando se minorem faciens centenario facit omni ex parte in fraudem legis *d. l. si libertus. 16. ff. de jur. patron.* Inofficiosam autem donationem hactenus, quatenus dodrantem aut bessem (ut hodie) excedit; in reliquum fieri lege permittente. Illam liberti ipso jure non valere. *d. l. si libertus.* hanc etiam qua parte inofficiosa est, ipso jure valere ab initio, sed instituta querela quatenus inofficiosa est, rescindi. *tot. tit. de inoff. donat.* Ad decisionem quoque quæstionis propositæ non multum facit *d. l. 4. C. de contr. empt.* quoniam ibi alia quæstio principaliter tractatur, nec est necesse, ut propter id, quod in fine constitutionis dicitur, filium non posse hæc avocare, dicamus alias eum dona omnia, quæ donata sunt, posse avocare. Constat rescripti sententia, si alias quædam avocare potuisset: nec verba respuunt hanc interpretationem, quod scilicet hoc sentiant Imperatores, usque ad eam partem, quam alias avocare posset filius. Luciano emptionem prodesse, nempe ut ex emptionis causa etiam trientem retinere possit, quem ex causa donationis retinere non poterat. Majorem speciem habet, quod Alexandrum Imperatorem Claudiano Juliano rescripsisse Paulus in *l. Titia Sejo. 87. §. 3. de legat. 2.* memorat donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari: quod non nisi de dimidia totius, quod donatum est, capi posse videtur: cui consequens est, si in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in solidum.

Sed tamen ego huic sententiæ acquiescere non possum: & magis puto ex causa inofficiosæ donationis non totum revocari quod donatum est: sed pro ea tantum parte, pro qua donatio est inofficiosa, modum scilicet legitimum excedens, & quartam iis, quibus debetur, adimens, non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas. Nam primo, quoties lex ad certum modum aliquid permittit, si hic modus excedatur, non totum infirmatur, quod gestum est, sed quod illicite gestum est duntaxat. *l. placuit. 29. ff. de usur. l. sancimus. 34. C. de donat.* Et quid notius regula, utile per inu-

inutile non vitiari. *l.* 1. §. *sed si mihi.* 5. *ff. de verb. oblig. C. utile. de reg. jur. in* 6. 2. Quia alias in casu donationis omnium bonorum, aut ejusmodi partis, quæ legitimam minuat, supervacanea esset constitutio *l. si unquam.* 8. *C. de revoc. donat.* quoniam certum est jure veteri liberis sive tempore donationis jam natis sive postea editis hanc querelam competiisse. 3. Probatur hæc sententia textu expresso in *l.* 2. *C. de inoff. donat.* ubi donatio immensa in filium in potestate constitutum collata hactenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ erciscundæ quarta pars debitæ ab intestato portionis sorori ejus præstetur incolumis. Respondet Ant. Faber vim oppositionis duorum casuum, quorum uno donatio in filiumfam. Collata, altero in emancipatum, in hoc sitam esse, quod priore casu legitima tantum, posteriore totum revocetur. Sed hoc prorsus commentitium est, vel quia priore potius casu donatio ex ratione juris nulla & invalida in solidom revocanda erat: vel potius quia, ut ex ipso textu apparet, in hoc oppositio consistit, quod priore casu remedio ordinario, posteriore extraordinario quærela inofficiosæ donationis revocetur: utroque autem casu usque ad legitimam. 4. Per *l. si totas.* 5. *C. eod tit.* ubi dicitur ex donatione immensa detrahi, quod necesse est relinqui liberis non ingratis ad submovendam inofficiosi querelam. Respondet Ant. Faber donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuisse, eoque initio inspecto donationem non fuisse inofficiosam. Quid tum postea? Nonne satis est donationem postea propter alios liberos susceptos inofficiosam fieri, ut liberi queri possint? De cujus querelæ natura sic est, ut donatio in solidum revocetur, etiam hoc casu eundem effectum habere debet. 5. Huc accedit textus in *l. si mater.* 7. *C. eod.* ubi Imperatores non totum, quod gestum est, revocari ajunt, sed disertis verbis, quod immoderate gestum est. Respondet Ant. Faber totum revocari quod immoderate gestum est, non quatenus immoderate gestum est: quod est apertum σόφισμα meraque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda est explicatio *l. Titia Sejo.* 87. §. 3. *ff. de legat.* 2. ubi eadem plane species proponitur & deciditur, quæ in hac *l. si mater.* excepto eo, quod illic avi in unum e duobus nepotibus totum patrimonium suum effudisse proponitur, hic mater in unum e duobus filiis. Igitur quemadmodum hic non dimidium totius, quod donatum est, sed dimidium ejus, quod illicite donatum est, revocatur, vel, ut hoc apertius Imperatores in *d. l. si mater.* explicant, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus agentem sufficeret: ita etiam illic, nempe in *d. l. Titia Sejo.* §. 3. dimidiam partem accipere debemus partem dimidiam ejus, quod immoderate gestum est, non omnium bonorum, sed portionis legitimæ utrique scilicet debitæ, eoque facit & *Novell.* 92. cujus speciem ex Harmenopulo ponit Cujacius *lib.* 5. *observ.* 14. 6. Facit huc optimus textus in *l. si liqueat.* 8. *in fin. pr. C. de inoff. donat.* ubi expresse dicitur, pro ratione quartæ, quod donatum est diminui. Respondet Anton. Faber intelligi ibi quartam non legitimam, sed quartam ab intestato debitam: fingitque in casu illic proposito matrem quatuor reliquisse liberos: quod vix confutatione indiget. Quod autem ibidem addunt Imperatores, *ad instar inofficiosi testamenti convicti*, illa comparatio non ad quantitatem, quæ revocetur, sed ad jus revocandi pertinet. 7. Idem evincitur ex *l. un. C. de inoff. dot.* ubi itidem ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti dicitur liberis adversus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita sunt illud ipsum, quod in *l.* 5. *C. de revoc. donat.* appellatur debitum bonorum subsidium. Non me

latet plerosque ita distinguere, ut si in extraneos collata sit donatio cum consilio fraudandi, tunc tota revocetur: si sine consilio fraudandi, pro parte tantum: si in aliquem ex liberis indistincte pro parte duntaxat; eamque distinctionem judiciis & consuetudine publica probari, testibus *Sichard. in l.* 1. *n.* 4. *C. de inoff. donat. Gomez.* 2. *var. resolut.* 4. *n.* 13. *Covar. pract. quæst.* 19. *n.* 12. Cæterum juri scripto consentaneam non esse patet ex *d. l.* 1. ubi extranei & liberi eodem jure censeantur. Nec vero persona accipientis donationem inofficiosam facit: sed profusa liberalitas: nec refert eventum tantum donatio, an & consilium fraudandi habuerit. *d. l.* 1. *l.* 7. *C. eod.*

CAP XXXIV.

An pro mortis causa donatione haberi debeat, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo modo revocaturum donationem?

MORTIS causa donatio est, quæ propter mortis sit suspicionem: veluti cum quid metu mortis vel ex præsenti vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si pestis grassetur, &c. *l.* 2. *& aliquot seqq. l. senatus.* 35. §. *mortis.* 4. *ff. de mort. caus. donat.* Cæterum an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est: nec enim sufficit ad hanc donationem a moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaravit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur. *l. Seja.* 42. §. 1. *in fin. ff. de mort. caus. donat.* Quin etiam extra suspicionem alicujus periculi, & a sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur sola cogitatione mortalitatis. *d. l.* 2. *& d. l. senatus.* §. 4. Sed itidem verbis hoc declarandum est, ne alias donatio pro pura & simplici habeatur. In omni autem mortis causa donatione, se primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult: & ut verbo dicam, se potius habere vult, quam eum, cui donat; illum deinde potius, quam heredem suum. *d. l. senatus.* §. 2. *eod.* Atque hæc ratio est, cur hanc donationem revocare liceat, secus atque donationem inter vivos, quippe in qua qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum, quam se habere mavult. Tribus autem casibus mortis causa donatio fit irrita aut revocari potest, duobus ex parte donantis, pœnitentia, & periculi, cujus intuitu donatio facta, sublatione: uno ex parte donatarii, si is ante donatorem moriatur. *l. mortis causa.* 19. *l. si mortis.* 29. *& l. seq. ff. eod.* §. 1. *Inst. de donat. l. non omnis.* 19. *ff. de reb. cred.* quanquam conventione effici potest, ut ne revocetur omnibus istis casibus. *l. si alienam.* 13. *in fin. ff. de mort. ca. donat.* Illud autem quæsitum est, an & illa donatio pro mortis causa donatione habenda sit, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo casu aut modo donationem revocaturum. Et magis est, ut ea non pro donatione mortis causa, sed pro donatione inter vivos habenda sit: quod & communiter placuit *Bart. post Gloss. in l. ubi ita donatur.* 7. *ff. eod. Clar.* §. *donatio. quæst.* 4. *Gomez. lib.* 2. *var. resol. c.* 4. *n.* 22. *Schneid. in* §. 1. *Inst. de donat. n.* 3. *&* 4. *Fachin. lib.* 5. *c.* 23. *Tulden. C. de mort. caus. donat. n.* 3. *Perez. ibid. n.* 12. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 19. *thes.* Etenim cum

ex

ex ſententia Juliani relata & probata ab Ulpiano in *l. 2. ff. eod.* ex mortis cauſa donatione vel non ſtatim tranſeat dominium, vel tranſeat ſub tacita conditione, ut ſcilicet non ante pro perfecta habeatur, quam mors fuerit inſecuta *l. non videtur. 32. ff. eodem.* mortis cauſa donatio dici non poteſt, per quam pure & abſolute omnique jure revocandi excluſo dominium transfertur. Deinde cum in omni donatione mortis cauſa, donator ſe primum cogitet, & ipſe rem habere malit, quam donatarium. *l. 1. l. ſenatus. 35. §. 2 ff. eodem.* mortis cauſa donationi non poteſt adſcribi illud genus, in quo donator ſolum ſpectat donatarium, & illum potius, quam ſe habere vult: nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere poteſt. Unde etiam plus quam manifeſtum eſt, hic deficere partem aliquam donationis cauſa mortis ſubſtantialem, & ideo in aliam donationis ſpeciem rem tranſire, quidquid in contrarium diſputet Ant. Faber *deciſ. 45. err. 1.* Imo nec poteſt ullo modo videri mortis cauſa, id eſt, propter mortem & periculum imminens donatum eſſe, cujus revocandi facultatem omnem ſibi donator ademit. Et hoc eſt, quod Marcianus reſponſo ſuo ſignificat in *l. ubi ita. 27. ff. eod.* cum ait, *ubi ita donator mortis cauſa, ut nullo caſu revocetur, cauſa donandi magis eſt, quam mortis cauſa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio.* Ait, *cauſa donationis magis eſt, quam mortis cauſa donatio:* id eſt, in ejuſmodi donatione mors eſt potius cauſa impulſiva & occaſio donandi, quam cauſa finalis ſeu τὸ οὗ ἕνεκα. Unde infert perinde eam haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos: quæ verba aperte oſtendunt Marcianum hanc quoque donationem pro ſpecie donationis inter vivos agnoſcere. Denique quia talis donatio, ut & cæteræ inter vivos, nullam ſimilitudinem cum legatis habet. *§. 2. Inſt. de donat.* hinc porro infert, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Falcidiam pati: quod utrumque in donatione mortis cauſa ſecus ſe habet. *l. 9. in fin. cum l. ſeq. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 5. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de don. mort. cauſ.* Fruſtra autem huic ſententiæ objicitur *l. ſi alienam. 13. §. 1. ff. de mort. cauſ. donat.* ubi Marcellus notat in mortis cauſa donationibus etiam facti quæſtiones eſſe: poſſe ſic donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, & ut reddatur etiamſi prior ex eadem valetudine donator deceſſerit, ſi jam mutata voluntate reſtitui ſibi voluerit. Sed & ſic poſſe, ut non aliter reddatur, quam ſi prior ille, qui accepit, deceſſerit: denique ſic quoque poſſe, ut nullo caſu ſit ejus repetitio, id eſt, nec ſi convaluerit quidem donator; quod totidem & iiſdem verbis etiam apud Paulum relatum *l. ſenatus. 35. §. 4. ff. eod.* Nam Juriſconſulti illic proponunt diverſos caſus, quibus propter mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adjectæ revocetur aut non revocetur mortis cauſa donatio ſecus atque ſi nulla lex adjecta fuiſſet, ſalvo tamen hic manente jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim ſaltem caſus manere debet, quo revocari hæc donatio poſſit, & dici donatorem ſe habere maluiſſe, quam eum, cui donavit: in quo ſubſtantia hujus donationis conſiſtit. Quid vero reſpondebimus ad *Nov. 87. in præfat. & c. 1.* Juſtiniani eſſe nemo, qui eam legerit, inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix eſſe, ut ea in foro ad deciſionem cauſæ allegari poſſit: quanquam a recentioribus inſerta eſt. Sed reſpondemus ex toto tenore tum præfationis, tum *d. c. 1. d. Novell. 87.* ſatis clare apparere Imperatorem loqui de renuntiatione revocationis non indefinita aut abſoluta ex omni cauſa: ſed ex una duntaxat, nempe ex cauſa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis cauſis adhuc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus contemplatione

donatio

donatio facta, aut si durante adhuc periculo præmoriatur donatarius. Nos autem hic disputamus, cujus generis donatio habenda sit, cum quis mortis causa se donare dicit ea lege simpliciter & absolute adjecta, ut nullo casu revocetur. Cujusmodi donationem dicimus annumerandam esse donationibus inter vivos: mortis autem causa donationem non esse, nisi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

CAP. XXXV.

An dissensio in causis dandi & accipiendi impediat dominii translationem?

NIHIL tam conveniens est æquitati naturali, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. *l. qua ratione.* 9.§.3.*ff.de acq.rer. dom.* §. *per traditionem.* 40. *Inst. de rer. divis.* quippe cum suæ quisque rei moderator sit & arbiter. *l. in re.* 21. *C. mandat.* Cæterum, ut quis velle rem suam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent; primum, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat: deinde, ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit. &c. Prius ideo desideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat. *l. si procurator.* 35. *ff de acq. rer. dom.* & arg. *l. si per errorem.* 15. *ff. de jurisdict.* Ajo in dominio rei suæ: nam si quis non erret in re sua, non in ea, de qua transferenda agitur; sed in re alia, puta in causa debendi, hic error alienationi non obstat: ac propterea indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Alterum ideo necessarium, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli, *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. l. nunquam.* 31. *ff. de acq. rer. dom.* Nec dicat quisquam hoc requiri superflue, cum si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, arg. *l. Campanus.* 47. *ff. de oper. libert.* quoniam hoc tunc solummodo locum habet, cum res consulto data est. *l. cujus per errorem.* 53 *ff. de reg. jur.* Illud non refert, revera præcesserit causa, an opinione tradentis, veluti si indebitum per errorem tanquam ex justa causa debitum solutum sit.

Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio obstet, quo minus dominium transferatur. Et siquidem vel in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in accipiente nulla nanciscendi, nemo dixerit dominium transferri; verbi causa, si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam accipias: aut e converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa: hic inquam certum est dominium non transferri, quoniam non concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus. *l. in omnibus.* 55. *ff. de oblig. & act.* Ac talis species est, quæ proponitur ab Ulpiano in *l. si ego pecuniam.* 18. §. 1. *ff. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit Jurisconsultus de nummorum dominio aut de extantium in his causis repetitione, quia ea res expediti juris est, nempe extantes nummos posse vindicari; propterea quod eorum dominium translatum non est. *l. rogasti.* 11. §. *ult. ff. d. tit.* §. *ult. Inst. quib. alien. lic.* sed quia de consumptis dubitari poterat, respondet eo casu locum esse

esse condictioni, non vindicationi: & recte, cum in neutra superiore specie contingat, ut is a quo repetuntur, aut possideat nummos consumptos, aut dolo malo desierit possidere. Nunquam autem actione in rem tenetur, qui non possidet, si sine dolo desiit possidere. *l. qui petitorio.* 36.*ff. de rei vind.* Intelligit autem haud dubie condictionem sine causa, cum nullum negotium inter tam aperte dissentientes contrahi manifestum sit. Addit Jurisconsultus *sine doli exceptione.* Respiciens nimirum ad speciem initio *d. l. si ego pecuniam.* propositam, ubi nummis consumptis ita condictione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione se tueri queat; eo quod secundum voluntatem dantis consumpti essent. Secus jam esse dicit in ea, quam nunc tractat, specie: & merito. Sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive quasi mutuam, utroque casu hoc animo dat, ut repetat. Proinde quamvis nummi consumpti sint secundum voluntatem dantis, ut fit, cum quasi mutui dati sunt; tamen quia non est hæc voluntas, ut nummi maneant, sed ut etiam consumpti reddantur, semper cum repetentur certum est non repeti eos contra voluntatem, ut contingit in eo, qui quasi donaturus dedit; sed maxime secundum voluntatem dantis & accipientis; quæ res accipienti omnem exceptionem & tergiversationem adimit. At enim vero si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi tradam fundum tanquam a me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puta traditionem efficacem esse, dominiumque in accipientem transire: sic enim generaliter definit Julianus in *l. cum in corpus.* 36.*ff. de acquir. rer. dom.* Videtur tamen a Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum videlicet pecuniam tibi dedi quasi donaturus tu quasi mutuam accepisti. *d. l. si ego pecuniam.* 18.*pr.ff. de reb. cred.* Primum negat Ulpianus hic esse donationem; sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait nec mutuam esse: ne in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero dissensit, quia mutuo data non est. Sed quod idem Ulpianus addit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum dissidere a Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis tradendi & accipiendi non obstare translationi, cum in corpus acquirendum consentimus: atque hanc regulam etiam eodem exemplo declarat in *d. l. cum in corpus. de acq. rer. dom.* quod proponitur ab Ulpiano in *d. l. si ego pecuniam. pr.* Sunt, qui hoc dissidium componi posse negant. Et sane vix ferri potest, quod *Alciat. lib.* 5. *parerg.* 15. *Zasius in d. l. si ego. n.* 7. *& seqq. Bronchorst.* 2. *assert.* 21. *Pac.* 3. *enant. quæst.* 67. ad horum locorum conciliationem afferunt, nempe diversas in iis proponi species: apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, sed apud Julianum eam sic accipi quasi debitam accipienti ex præcedente contractu, seu solutionis causa datam; apud Ulpianum, quasi mutuo datam a tradente: pecuniam creditam apud Julianum sic interpretantes, non quasi creditam a tradente sive mutuam datam accipienti, sed quasi creditam antea tradenti ab accipiente, qui putet eam tanquam sibi debitam nunc solvi. Utique hanc interpretationem contextus pati non potest. Nam ex verbis præsentis temporis, quibus Julianus utitur, nempe *tradam* & *accipias*, apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut sit sensus, si pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi nunc cre-

ditam tibi accipias: non poteſt autem pecunia intelligi nunc a te credita, cum a te non ſit profecta, qui eam non das, ſed a me, qui eam tibi trado. Ego enim is ſum, qui dicor eam tibi tradere: ac proinde etiam cum credita eſſe poſtea dicitur, a me quoque credita, id eſt, tibi mutuo data intelligi debet. Quanquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxie laborare non debemus: nam etſi demus non eſſe id exemplum, quod diximus; tamen definitio generalis poſita in *d. l. cum in corpus.* ſatis id exemplum & ſimilia omnia complectitur, ubi id actum, ut dominus fieret, qui accepit: quod utique etiam tunc agi intelligitur, cum tibi dedi pecuniam donandi animo; tu eam quaſi mutuam accipis: quoniam & hic in eo conſentitur, ut proprietas, id eſt, dominium *l.* 13. *ff. de acq. rer. dom.* tranſeat in accipientem, licet ille hoc animo ſit, ut parem ſummam quandoque reſtituat Neque video quid interſit, utrum conventio aliqua de donando ſive revera ſive opinione tradentis præceſſerit, an ſtatim & actutum nulla conventione præcedente donandi cauſa pecuniam tradiderit, eaque quaſi mutua accepta ſit: neque enim minus hoc quam illo caſu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua eſt componendi ratio, ea eſt, quam affert Connanus *lib.* 3. *comment. c.* 17. & Donellus ad *d. l. ſi ego pecuniam.* nimirum verba hæc Ulpiani, *magiſque nummos accipientis non fieri*, duplicem pati poſſe interpretationem: poſſe ſic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: poſſe etiam ſic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, non ita ut apud eum manere debeant, *arg. l. aliud eſt capere.* 71. *ff. de verb. ſignif. l. non videtur.* 51. *de reg. jur. l. cum quis.* 38. §. *qui hominem.* 3. *ff. de ſolut.* comparate videlicet, & reſpectu acquiſitionis rei, quæ ex cauſa donationis traditur & accipitur: fiant tamen ejus inſpecto initio, quia proprietas eorum ſtatim transfertur, cujus rei hic effectus eſt, ut etiamſi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem poſteriore modo verba Ulpiani capienda eſſe propter illam, quam diximus generalem definitionem Juliani. Quid quod hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano ſubjecta nobis ultro ſuppeditat, *cum alia opinione acceperit:* quippe qui donatum ſibi tanquam mutuum accipit, non eo animo eſt, ut dominus non fiat, ſed ut non fiat ſimpliciter, & ſine obligatione reſtituendi tantundem, tanquam ex cauſa donationis. Unde apparet Juriſconſultum, licet his verbis, magiſque nummos accipientis non fieri, videatur reſpondere de dominio, vi tamen ipſa reſpondere de repetitione, nempe etſi fiunt quidem nummi accipientis, non tamen fieri perfecte, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, ſi tibi dem pecuniam donandi gratia, tu eam quaſi mutuam accipias, nummos, etiamſi adhuc extent, vindicari non poſſe? Ajo enimvero, hoc enim neceſſario conſequitur poſita dominii nummorum tranſlatione Neque contrarium eſt, quod Ulpianus in *d. l. ſi ego pecuniam.* ſcribit, *Quare ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia ſecundum voluntatem dantis nummi conſumpti.* Nam inde non recte colligas, ſi nummi adhuc extant, eos vindicari poſſe; ſed hoc tantum, poſſe eo caſu condici ſine metu exceptionis: cum ſi conſumpti fuerint, licet condictio perſeveret, ea tamen non noceat accipienti, cum poſſit condicentem repellere exceptione doli, propterea quod ſecundum voluntatem ejus conſumpti ſunt. Perinde ergo eſt, ac ſi dixiſſet, licet nummi condici poſſint, ſive extent, ſive conſumpti ſint: hoc tamen intereſſe, quod conſumptis nummis condictio ſit inefficax, &c. Idem autem de extantibus nullo modo dici poteſt, ac ne quidem de conſumptis

poſt

poſt revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes poſſunt, quippe dominio eorum in accipientem tranſlato; nec conſumpti efficaciter condici, quia conſumpti ſecundum voluntatem dantis. Si vero adhuc extent, condictio erit efficax, eoſque mutata ante conſumptionem voluntate repetens nulla exceptione ſummoveri poterit. Locus autem hic erit condictioni ſine cauſa. Nam cum nummi ad accipientem pervenerunt ſine ea cauſa, ob quam vel dati vel accepti ſunt, condictionem ſine cauſa inde naſci neceſſe eſt, ſi dominium, quod jam probavimus, in accipientem tra nſlatum eſt. *l. 1. in ſin. ff. de condict. ſin. cauſ.*

CAP. XXXVI.

Poſſitne dari plena poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies omnes complectatur: & quænam ſint iſtæ ſpecies?

VARII variis modis definire conati ſunt, quid ſit poſſeſſio: ſed nimium ſcrupuloſi fuerunt, & plerique in hiſce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod Galenus φιλολυσίαν appellat, quaſi libidinem & nimium amorem in difiniendo. Atque hi longiſſime receſſerunt a more & exemplo veterum Juriſconſultorum, qui in quærenda & conficienda accurata poſſeſſionis definitione noluerunt nimis eſſe ſoliciti. Utique Paulus noſter in *l. 1. pr. ff. de acq. poſſ.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua deſcriptione, cum poſſeſſionem vocat κατοχὴν, id eſt, detentionem. Ait autem porro poſſeſſionem dictam eſſe a ſedibus, quaſi poſitionem ſedium: ita enim in libris Florentinis legitur; ac melior eſt hæc lectio, quam vulgata illa accurſii, Bartoli & aliorum, qui legunt, *Poſſeſſio appellata eſt a pedibus, quaſi pedum poſitio.* nam poſſeſſio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Poſſidet ergo, qui ſedes poſuit: nec a grammatica notatione id abhorret, *poſſeſſio*, *poſitio ſedium*. Grammatici tamen poſſeſſionem derivant a verbo *ſedeo* juncta particula *pos*, aut *potis, pote*: unde adhuc hodie dicitur *impos*, *compos*, *poſſum*, quaſi pos vel potis ſum; & *poſſidere* quaſi poſſe ſedere. Qui enim poſſidet agrum, is ingredi, diſcedere, redire, item ſedere & tenere poteſt. Atque hæc ipſa derivatio Juriſconſultis improbari non poteſt, qui & poſſeſſionem acquirere nos poſſe ajunt, ſi ejus rei, quæ ante oculos noſtros poſita eſt, apprehendendæ poteſtas nobis fiat, etſi eam manu aut pedibus non attigerimus, *l. 1. §. ſi juſſerim. 21. ff. de acq. poſſ. l. quod meo. 18. §. 2. eod* & poſſeſſionem tamdiu nos retinere, donec facultatem & poteſtatem redeundi, inſiſtendi, atque inſidendi habemus. *l. 6. §. ult. & l. ſeq. ff. eod.* Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arrepta plerique occaſione diſputant de vi argumenti ab etymologia ſive notatione, & contra a nomine ſumpti, ſive de mutua arguendi affectione, quæ inter nomen, & notationem intercedit. Sed hæc diſputatio cum non ſit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda eſt. Illud certum eſt, etymologiam aptiorem eſſe ad explicandum, quam ad probandum. Eſt enim, ut Galenus ait *lib. 2. de decret.* Hipocr. & Plat. μάρτυς ἀλάζων, quamvis, ut quibuſdam placet, ſit ἐξηγητὴς δεινὸς, interpres idoneus. Notandum porro eſt, interdum poſſeſſionis verbo proprietatem ſignificari. *l. interdum. 78. ff. de verb. ſign.* κ҄ τὴν ὀσίαν. Cicero in *paradox. Dives eſt, cui tanta poſſeſſio eſt, ut liberaliter poſſit vivere.* tanta poſſeſſio, id eſt tanta

ſubſtantia, tantæ facultates. Sed maximæ de rebus ſoli ſeu prædiis dicitur. Cicero *orat.* 1. *in Catil. Qui magno ære alieno majores etiam poſſeſſiones habent.* apud noſtros paſſim. *l. pen. ff. de alien. jud. mut. ca. l. quæſitum.* 12. *pr. ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg. l.* 3. *ff. de extraord. cogn. l.* 6. *l.* 15. *Cod. de rei vind. l.* 2. *C. de probat. l.* 8. *C. de compenſ.* &c. eadem ſcilicet ſignificatione, qua apud Græcos κτῆμα, aut Poëtas κλέαρ. Denique & illud notandum, poſſeſſionis verbum interdum abuſive urſurpari pro uſucapione, forte ideo, quia poſſeſſionis civilis proprius hic effectus eſt, ut eam ſuo tempore ſequatur uſucapio. Ita uſurpatur id verbum in *l. denique.* 19. *ff. ex quib. cauſ. major. l. ait prætor.* 23. §. 1. *eod. l. poſſeſſio.* 20. *ff. de uſucap.*

Ergo, ut dixi, Paulus in *l.* 1 *pr. ff. de acq. poſſ.* non definivit poſſeſſionem, ſed poſt allatum etymon nuda deſcriptione contentus dixit eſſe κατοχήν. Quomodo igitur eam definiemus? Sane quoniam definitio omnes ſpecies complecti debet, eaſque multas habet poſſeſſio, cum alia ſit civilis, alia naturalis; alia juſta, alia injuſta; alia corpore, alia jure conſtans; de quibus ſpeciebus mox ex profeſſo: maluerunt olim peritiſſimi homines a definitione poſſeſſionis abſtinere. Accurſius in *l. ſtipulatio.* 38. §. *hæc quoque.* 5. *ff. de verb. obligat.* ait eos auſos non fuiſſe poſſeſſionem definire. Quid ergo? An non poteſt dari plena & perfecta poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies ejus omnes complectatur, atque, ut in ſcholis loquuntur, quæ cum ſuo definito reciprocetur? Ajo enim vero: nam quod difficile eſt, non utique & impoſſibile. Quamorbem, ut mori publico ſatisfiat, eam hoc modo definio; Poſſeſſio eſt rei corporalis detentio, cui ineſt affectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi. Vox detentionis hic locum generis obtinet. Latius enim patet tenere, quam poſſidere, quippe cum is etiam teneat, qui ſine judicio, aut voluntate affectuve tenet. At detentio, quæ in poſſeſſione locum habet, juncta eſſe debet cum affectione & voluntate tenendi. *l. qui jure.* 41. *ff. de acq. poſſ.* qua de cauſa etſi tenet furioſus, non tamen poſſidet. *l.* 1. §. 3. *&* §. *& ideo.* 10 *ff. eod.* Deinde detentio hæc vel vera eſt, puta cum is, qui poſſidet, per ſe & corpore ſuo, non per alium poſſidet; vel ficta per juris interpretationem, puta cum poſſideo corpore alieno & animo meo, vel ſimul corpore & animo alieno. *l.* 3. §. *cæterum.* 12. *ff. eod.* unde orta diviſio poſſeſſionis in eam, quæ jure, & eam quæ corpore conſiſtit. *l. nemo.* 10. *C. eod.* Sequitur, *rei corporalis.* quia res incorporales natura ſua poſſeſſionem non recipiunt. *l. ſi ædes.* 32. §. 1. *ff. de ſerv. præd. urb. l.* 4. §. *ſi viam.* 27. *ff. de uſuc. l. ſervus.* 43. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Nulla enim res detineri poteſt, niſi corpus: & poſſeſſionis initium eſt corporis ad corpus adjunctio. Ac proinde rerum incorporalium dicitur quaſi poſſeſſio. *l. ait prætor.* 23. §. 2. *ex quib. cauſ. maj. l. ſi qui s diuturno.* 10. *ff. ſi ſerv. vind. l.* 3. §. *pen. unde vi.* & interdicta conſtituta de ſervitutibus, quæ ſunt res incorporales, quaſi poſſeſſoria. *l. ult. ff. de ſervit. d. l.* 3. §. *pen ff. unde vi.* quæ cauſa eſt, quod Græci rebus incorporalibus non tribuunt κατοχὴν, ſed χρῆσιν. Et recte igitur Theophilus *Inſt. de interd.* νομή, inquit, ἐστι σωματικοῦ πράγματος κατοχή. At male illi, qui ita diſtinguunt, ut dicant res corporales perfecte & nobiliori modo poſſideri, res incorporales minus perfecte. Dicendum enim eſt illas vere & proprie poſſideri, has non item. Vox *quaſi* nota eſt improprietatis.

Non adjeci in definitione rei corporalis ab aliis poſſeſſoribus vacuæ: hoc enim qui addunt, putant rem eandem a pluribus in ſolidum poſſideri non poſſe: quod an verum

verum ſit, merito dubites propter *l. 3. pr. ff. uti poſſid. l. 6. §. 1. ff. de acq. poſſ. l. ſciendum. 15. §. 3. ff qui ſatiſd. cog.* cum ſimilib. Utique diverſi generis poſſeſſio penes duos eſſe poteſt, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem. *l. ſervi. 16. ff. de uſuc. l. qui pignori. 36. & l. ſeq. ff. de. acq. poſſ. l. ſi pignus. 37. ff. de pign. act.* ſed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Poſtremo non dixi in definitione, animo aut opinione domini, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam fere ſpeciem poſſeſſionis duntaxat pertineret, quæ civilis eſt, & ad uſucapionem prodeſt. Nos vero omnes poſſeſſionis ſpecies definitione noſtra complecti volumus: aperte autem duæ ſpecies poſſeſſionis conſtituuntur, quarum altera ſit cum animo & opinione domini, altera non item. *l. 7. §. 4. ff. comm. divid. l. quæcunque. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. ſi ſervus. 22. §. 1. ff. de nox. act.* Is, cui ea mente poſſeſſio tradita eſt, ut eam poſtea reſtituat, poſſidet, quamvis affectu domini rem non tenet. *l. ſi quis. 17. §. 1. in fin. ff. de acq. rer. dom.* Si omittendæ poſſeſſionis cauſa res apud ſequeſtrem depoſita ſit, ſequeſter poſſidet. *l. intereſſe. 39. ff. de acq. poſſ.* qui tamen animum dominantis non habet. Quare cum Theophilus *§. 4. Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* ita definit poſſeſſionem, νομή ἐστι τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι, non eſt credendum eum in genere poſſeſſionem definire voluiſſe, ſed eam duntaxat ſpeciem, quæ civilis dicitur, accomodata ſcilicet definitione ad verba textus Juſtinianei. Nam cum dixiſſet Imperator bonæ fidei poſſeſſorem uſucapto ſervo per eum ex omnibus cauſis acquirere, mox ſubjicit, fructuarium uſucapere non poſſe, addita etiam hac ratione, quia non poſſidet: quem tamen conſtat naturaliter poſſidere. *l. 12. ff. de acq. poſſ.* Videamus nunc quotuplex ſit poſſeſſio.

Prima & principalis diviſio poſſeſſionis hæc ſit, quod alia civilis eſt, alia naturalis. Civiliter poſſidet, qui animo & cogitatione domini poſſidet juſta ex cauſa & bona fide. Is autem ideo dicitur civiliter poſſidere, quia hæc poſſeſſio ei prodeſt ad civilem uſucapionis effectum: atque ad hanc ſpeciem tantum pertinet definitio illa Theophili ſupra relata. Hæc poſſeſſio ſæpe abſolute & κατ' ἐξοχὴν poſſeſſio dicitur, ut cæteri, quibus poſſeſſio ad uſucapionem non prodeſt, hoc reſpectu interdum dicantur non poſſidere. *§. de iis autem. 4. verſ. fructuarius vero. Inſt. per quas perſ. cuique acq.* ſed potius eſſe in poſſeſſione. *§. 5. Inſt. de interd. l. 6. §. 2. ff. de precar. l. 9. ff. de rei vind. l. 8. ff. commod.* Naturaliter poſſidet, qui injuſte, aut abſque animo & affectu domini poſſidet. Diviſio hæc petita eſt ex *l. 1. §. dejicitur. 9. & ſeq. ff. de vi & vi arm. l. cum heredes. 23. §. 2. & l. ſeq. de acq. poſſ. l. 2. §. 1. ff. pro hered. l. 3. §. ult. l. tigni. 7. §. 1. ff. ad exhib. l. quæcunque. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. 7. §. neque. 11. ff. comm. divid.*

Civilis poſſeſſio ſemper juſta eſſe debet: naturalis modo injuſta eſt *l. ſi eum. 26. pr. ff. de donat. int. vir. & ux. l. quod uxor. 16. ff. de acq. poſſ. l. 1. §. 9. & 10. ff. unde vi. l. 7. §. 4. ff. comm. div.* modo juſta *l. 13. §. 1. de publ. in rem act. l. 12. ff. de acq. poſſ. l. ſi ſervus. 22. §. 1. ff. de nox. act. d. l. 7. §. 4 comm. div.* & qui ita poſſident, interdum & bona fide poſſidere dicuntur *l. ſi pignore 22. §. 2 ff. de pign. act.* ſed tunc bonę fidei poſſeſſor non intelligitur is, qui civiliter poſſidet, ſed qui juſte, licet non ex cauſa, ex qua dominium tranſire ſolet, ut in *d. l. 13. §. 1. de publ. in rem act.* & *d. l. 22. §. 1. ff. de noxal. act.* At in materia uſucapionis alio ſignificatu dicitur bonæ fidei poſſeſſor, nempe is, qui civiliter poſſidet ad civilem uſucapionis effectum. Sed & qui injuſte, hoc eſt, ſine titulo poſſidet, ſi illæſam habeat rei alienæ, quam poſſidet, conſcientiam, forte quod in jure errans ſe dominum factum putet, bona fide poſſidere dicendus eſt, quamvis uſucapio ei non

procedat *l. ubi lex.* 24. *l. si fur.* 32. §. 1. *ff. de usucap.* nam quæ possessio propter defectum tituli injusta est, propter voluntatem domini eam tradentis pro bonæ fidei habenda est, *arg l. fructus.* 45. *ff. de usur.* Interpretes vulgo civilem possessionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æstimare solent, sed minus recte: quanquam non tam crasse disputant, ut civilem existiment per discessum demum existere, sed eam, quæ cum naturali antea conjuncta erat, retineri, naturalem autem solam amitti, vel potius modum possidendi mutari, quippe corpore tenere aut animo, non tam esse species possessionis quam modos possidendi. *l.* 3. §. *Nerva.* 13. *ff. de acq. poss.* ubi hactenus res possideri dicitur; quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus. Hinc vero apparet divisionem possessionis in justam & in injustam non esse divisionem primam, sed subdivisionem. Item non omnem possessionem injustam esse malæ fidei. Denique nec omnem naturalem esse injustam, neque omnem, quæ justa est, esse civilem.

Porro eorum, qui naturaliter possident, est & hæc subdistinctio, quod aut sibi suove nomine possident veluti quod prædo, aut quod conjux a conjuge sibi donatum possidet aut quod fructuarius, licet hic absit animus dominantis. *l. fructuarius.* 21. *ff. quemad. serv. am.* Et hujusmodi possessoribus etiam remedia possessoria dantur. *l.* 1. §. 9. & 10. *ff. de. vi & de vi arm. l.* 3. §. 13. *eod.* aut nomine alieno: quomodo possident, quicunque nostro nomine in possessione sunt. *l. generaliter.* 9. *l. quod meo.* 18. *ff. de acq. poss.* §. *possidere. Inst. de interd. l.* 2. §. 1. *de act. empt. l.* 7 §. *item si duo.* 8. & §. *neque.* 11. *ff. comm. divid.*

Rursus alia est possessio, quæ jure, alia, quæ corpore constat. *l. nemo.* 10. *C. de acq. hered.* quæ divisio locum habet tam in civili, quam in naturali possessione. Civilis possessio corpore consistit, cum ipse per se possidet, qui est in conditione usucapiendi. Jure eadem constat, cum per alium possidet, ut in *l.* 1. §. *per eum.* 8. *l.* 3. §. *cæterum.* 12. *l. quod meo.* 18. *l. qui pignoris.* 36. *ff. eod. l. servi.* 16. *ff. de usucap.* Naturalis possessio corpore constat, cum is, qui naturaliter possidet, per se possidet, non per alium: eadem jure consistit, veluti si rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, possessio creditoris, quæ naturalis est, jure constat. *l. si rem.* 29. *l. si quis.* 36. & *l. seq. ff. de pign. act. l. res pignoris.* 37. *ff. de acq. poss.*

In possessione, quæ jure constat, admittitur fictio, eaque jure civili, unde ortum habet, infirmatur. *l. ait prætor.* 23. §. 3. *ff. ex quib. caus. maj. l. in bello.* 12. §. 3. *ff. de capt. & postl. rev.* Hinc est, quod hæc possessio plurimum juris habere dicitur, & non tantum corporis, sed & juris esse. *l. possessio.* 49. *pr.* & §. 1. *ff. de acq. poss.* At possessio, quæ corpore constat, facti magis est, quam juris, *l.* 1. §. *furiosus.* 3. & *seq. ff. eod.* id est, plurimum, ut alibi dicitur, facti habet. *l. denique.* 19. *ff ex quib. ca. maj.* & ideo fictionis non est capax, nec infirmatur jure civili. *d. l. denique. l. ait prætor.* 23. §. 1. *ff. ex quib. caus. maj. l. cum heredes.* 23. §. 1. *ff. de acq. poss. l. in bello.* 12. § 2. *ff. de capt. & postl. rev.* ubi Marcelli sententia non distinguentis rejicitur approbata Juliani. Illud notandum est, possessionem, quæ corpore constat, aliquando appellari naturalem; quo significatu naturalis possessio nihil aliud est, nisi possessio actualis, quam quis corpore suo habet, & naturaliter possidere, est non solo animo, sed & corpore possidere, ut in *l. ea quæ.* 53. *ff. de acq. rer. dom. l.* 1. *pr.* & §. 1 *l.* 3 §. 3. & 13. *l.* 23. *pr.* & §. 1. *ff. de acq. poss.* sive corpore & animo possessioni incumbere, ut loquitur Marcellus in *l. qui bona.* 19. §. 1. *ff. eod.* Certe quod

quod *d. l.* 23. *pr.* dicitur naturaliter apprehendi, id in *d. l.* §. 1. dicitur corporaliter mitti, ita ut hæc ſubinde promiſcue ſumantur, naturaliter poſſidere & corporaliter. Et hoc ſenſu ſi accipias naturalem poſſeſſionem, poteſt utique talis poſſeſſio ſimul etiam civilis eſſe, ut ex locis allegatis apparet: & tunc poſſeſſio civilis & naturalis non opponuntur. At cum dico aliam eſſe poſſeſſionem civilem, aliam naturalem (quæ diviſio & oppoſitio eſt in *l.* 1. §. 9. & 10. *ff. de vi & de vi arm. l.* 24. *ff. de acq. poſſ. l. ſi eum.* 26. *ff. de donat. int. vir. & ux.* cum ſimilib.) tunc poſſeſſio naturalis longe aliud eſt, nempe ea poſſeſſio, quam quis habet ſine titulo, aut opinione domini; & propterea ex adverſo opponitur civili poſſeſſioni, ut hæ duæ ſpecies ſimul eodem tempore concurrere & eædem eſſe non poſſint: quamvis poſſint, ut duæ diverſæ poſſeſſiones in eadem eſſe perſona, ut unus & idem poſſideat civiliter & naturaliter, uti in ſpecie *l. qui pignoris.* 36. *ff. de acq. poſſ.* ubi idem & civiliter poſſidet, & præcario, id eſt, naturaliter. *add. l.* 29. *l.* 35. §. 1. *l.* 37. *ff. de pign. act. junct. l.* 16. *ff. de uſucap.* Atque hæc locutionis homonymia & duplex naturalis poſſeſſionis ſignificatio omnes, quotquot vidi, interpretes conjecit in varios errores & perplexas diſputationes. Vaſquius ex hujus rei ignorantia putavit, jure primævo dominium rerum acquiſitum fuiſſe poſſeſſione naturali, quæ civili opponitur. *lib.* 2. *controv. c.* 57. *n.* 21. & *ſeqq.*

Non obſtat his diviſionibus, quod tituli ff. & C. concepti ſunt de acquirenda poſſeſſione, quaſi hinc efficiatur unam eſſe duntaxat & ſimplicem poſſeſſionem. Nam etſi genus plures habet ſub ſe ſpecies, recte tamen numero unitatis proponitur. Sic cum in *l.* 2. §. *genera.* 21. *in fin. ff. eod.* unum dicitur eſſe genus poſſeſſionis, non ideo negari poteſt eſſe ſub hoc genere diverſas ſpecies. Et poſſeſſio ibi confertur cum titulis & cauſis poſſidendi, quæ cum valde multæ ſint & variæ, earum reſpectu unum eſſe genus poſſidendi dicitur, ſpecies, quo nomine Juriſconſultus illic intelligit cauſas & titulos, infinitæ. Sed & alias non ſemper genus & ſpecies ſignificatione dialectica a noſtris uſurpantur. *l.* 4. §. 1. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. Thais.* 41. §. *item quæro.* 8. *ff. de fideic. libert.*

Alio & plane diverſo reſpectu ac ſenſu dicitur aliquis pleno jure poſſidere, nempe qui plenum jus dominii habet. *l.* 1. *C. de revoc. donat. Bald. in l. fœminæ.* 3. §. *illud etiam. C. de ſec. nupt. Mindan. de nat. poſſ. c.* 7. *n.* 9. Itaque cæteri, qui domini non ſunt, etſi civiliter & bona fide juſtoque titulo poſſident, non tamen dici poſſunt pleno jure poſſidere. Sed ea ſpecies poſſeſſionis, quam dominus pleno jure habet, & quam cauſalem appellare poſſumus, huc non pertinet, non magis quam uſusfructus cauſalis aut cauſales ſervitutes ad argumenta de uſufructu aut de ſervitutibus prædiorum.

CAP. XXXVII.

An in eo, quod intereſt, æſtimando etiam lucri ratio habeatur?

VERBUM hoc *intereſſe* in jure noſtro dupliciter uſupari ſolet, uno modo generaliter pro eo, quod ad utilitatem vel publicam, ut in *l.* 1. *ff. ſolut. matrim. l. ſervo.* 65. §. 2. *ff. ad ſenat. Trebell. l. intereſt.* 18. *ff. de reb. auct. jud. l.* 1. §. 1. *ff. de incend. ruin. naufrag.* vel privatam alicujus pertinet, ut in *l. pen. ff. ad exhib. l.* 7. *ff. de ſerv. export.*

l. pa-

l. pater filiæ. 71. *ff. de evict. l. & heredis.* 21. §. *ult. ff. de pact.* cum similib. altero modo specialiter pro eo, quod extrinsecus rei succedit vel accedit, ob damnum acceptum aut lucrum amissum; de quo solo hic quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei seu debiti principalis: nec tantum rem ipsam principalem, sed etiam æstimationem ejus excludit. *l.* 1. §. *considerandum.* 20. *ff. de tut. & rat. distrah.* Unde recte infert Molinæus *tract. de eo, quod interest.* remittentem damna & interesse, non censeri remittere rem principalem. Et vulgo quidem tria ejus, quod interest, genera constituuntur: conventum, quod fit pœna nomine ejus, quod interest, promissa: singulare, quod ex privata affectione æstimetur: & commune, quod æstimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hisce generibus duo priora hinc removenda, conventum scilicet, quia pœnæ quantitas certa est, & peti potest etiam tunc quando nihil interest. *l. stipulatio ista.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. de verb. oblig.* & singulare, quoniam res non ex affectione singulorum privata æstimantur; sed ex eo, quanti communiter omnibus valent. *l. pretia rerum.* 63. *ff. ad leg. Falcid. l. si servum.* 33. *ff. ad leg. Aquil.* Bene vero sic id, quod interest, vulgo definitur, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus: seu damnum emergens & lucrum cessans ex eo, quod factum non est, quod fieri debuit. *l. si commissa.* 13. *ff. rat. rem hab. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Ergo ut quid nostra interfit, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset, quod promissum est; quod quia factum non est, lucrati non sumus. Et quidem cum apud veteres dubitatum esset, quænam in ejus quod interest, taxatione partes essent judicis, & ad quam usque quantitatem id æstimari deberet, visum fuit Justiniano hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare, sicut ipse loquitur in *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Ait quoad possibile est: absolute enim id definiri nequit: quoniam tota hæc quæstio in facto, non in jure consistit. *l. quatenus.* 24. *ff. de reg. jur.* ac proinde magis ad judicis potestatem, quam ad juris definitionem pertinet. *l. ordine.* 15. *in fin. pr. ff. ad municipal. l.* 1. §. *quorum.* 4. *in fin. ff. ad senat. Turpil.* Distinxit ergo Justinianus casus certos a casibus incertis: in illis vetuit id quod interest, dupli quantitatem excedere: in his totum jussit præstari, quod interest. Casus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam summam aliamve quantitatem in pondere, numero, mensura, vel speciem certumve corpus. Proinde si v. c. venditor aut locator ob id quod rem aut usum rei non præstant, in id, quod adversarii interest, condemnandi sunt, in eo æstimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi casus habent. Casus incerti sunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autem nulla quantitas incerta esse possit, quæ quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus quod interest: apparet eos solos casus esse incertos, in quibus ejus quod interest, præstatio petitiove continetur. Itaque huc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur: quales sunt stipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorum gestorum: maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res est, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato; in interdicto unde vi, iis rebus amissis, quæ in fundo erant; in furto surrepta ea re, quæ certo die sub pœna debebatur: in summa actiones omnes quibus indemnitas principaliter petitur. *l.* 13 §. 1. *ff. de re jud. l. si pœnam.* 68. *l. stipulationes.* 72. *l. ubi autem.* 75. §. *ubi autem.* 7. *ff. de verb. oblig. l. si procuratorem.* 8. §. *mandati.* 6. *ff. mand. l.* 1. *ff. de tut. & rat. distr. l.* 2. *ff. de neg. gest. l.*

ait

ait lex. 21. *ff. ad leg. Aquil. l.* 1. §. *non solum.* 41. *ff. de vi & de vi arm. l. inficiando.* 67. §. 1. *ff. de furt.* In his igitur omnibus tantum, quantum revera interest, ex constitutione Justiniani præstandum. Et quidem juxta veterum sententiam, quam & Justinianus comprobat, in eo quod interest æstimando non damni tantum, verum etiam lucri ratio habetur. *l.* 2. *in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. si fundus.* 33. *vers. nam & si. ff. locat. l. si commissa.* 13. *ff. rat. rem hab.* exempla in *l. proinde* 22. *& l. seq. ff. ad leg. Aquil. l. si mulier.* 21. §. 3. *&* 4. *ff. de act. rer. amot. l. si procurator.* 18. *ff. rat. rem hab.* Unde igitur nata dubitatio, an in æstimando eo, quod interest, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quod veteres contraria in speciem respondisse videntur: nam quidam sunt loci, quibus lucrum ab eo quod interest, diserte removetur, ut in *l. si sterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Proculus ait.* 26. *ff. de damn. infect. l.* 1. §. *sicut autem.* 21. *ff. de aq. pluv. arc. l. is cui.* 71. §. 1. *ff. de furt.* Quid igitur ad hosce locos respondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo quod interest, sed lucrum, quod aut circa rem non consistit (extrinsecum vulgo vocant) quale damnum similiter removetur; aut injustum, quod merito veteres exceperunt. Id vero ita esse quivis intelligere poterit, qui modo causas, quæ in hujusmodi locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesin accommodatur, animadvertet. Paulus in *d. l. si sterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt.* excludit lucrum: sed an ideo, quia putet damni tantum, non etiam lucri habendam rationem? minime: quoniam non solum lucrum removet, quod circa rem non consistit, sed etiam hujusmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æstimandum, quam si emptor triticum emerit, & ob eam rem quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. Removet ergo id lucrum duntaxat, quod non circa rem consistit. Idem responsum esto ad *d. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* cui adde *l. venditor.* 21. *vers. pretium enim ff. de her. vend.* In *d. l. Proculus.* 26. *ff. de damn. infect.* damnum quidem admittitur, & lucrum simpliciter excipitur: sed agitur illic de lucro injusto, de eo lucro, quod ab ipso vicino & ejus beneficio habebatur quo non diutius uti licet, quam quoad is patitur: nec lucrum absolute, sed veluti lucrum appellatur. Simile est, quod in *d. l.* 1. §. *sicut autem.* 21. *de aq. pluv. arcend.* Ofilius & Labeo ajunt, actionem aquæ pluviæ arcendæ locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit, veluti si vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit. Permittitur enim cuilibet sibi consulere, etiamsi per id ex consequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur. *l. cum eo.* 9. *ff. de serv. præd. urb. l. sicut.* 8. §. *Aristo.* 5. *ff. si serv. vind. l. si in meo.* 21. *ff. de aq. pluv. arc.* In *l. si is cui.* 71. §. 1. *ff. de furt.* non definitur τὸ interesse, sed cujus intersit in actione furti: ubi recte dicitur ejus interesse videri, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus: quia in eo genere lucrum non potest nisi injustum esse. Nam sive res nostra surrepta est, & est aperte damnum, sive aliena, cujus custodiam debemus; & idem est si ea non recepta damnum luere domino cogimur. Quod si quis hoc tantum sua interesse dicat, ut lucrum possessionis faciat eamve possidendo quærat, id ex re aliena non honeste captatur. *add. Cont. tract. de eo quod int. c.* 3. *&* 4. *Alciat. in comment. ad d. l. un C. de sent. quæ pro eo quod int. c. ult. Donell. c.* 10.

CAP. XXXVIII.

Num in taxatione ejus quod interest, id omne, quod actor consequi potuit, neque consecutus est, sine exceptione æstimetur?

JUSTINIANUS sic ex veterum sententia constituit, Damnum, quod revera inducitur; lucrum, quod revera abest, præstetur. *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Non est autem dubitandum, quin his verbis Justinianus exprimere voluerit id quod ex veteribus Paulus scripsit, omnem utilitatem in æstimationem venire, quæ circa rem consistit, non venire, quæ extra rem sit. *l. si sterilis.* 2. §. 3. *ff. de act. empt.* Id vero hanc habet sententiam, ut non continuo id, quod haberi potuit, præstito eo, quod debebatur, quasi absit, æstimari debeat: sed quod ideo abest, quia datum factumve non est, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus, ut haberi certo potuerit; ut potuerit ex eo solo, quod præstandum erat, non aliunde: ac proinde duas utilitates hinc removemus. 1. si quid habere ex re petitor potuit, sed ita ut etiam potuerit non habere. 2. si quid habere potuit certo quidem, sed non minus aliunde, quam ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piscatorum, quæ capiendorum piscium gratia in flumine posuerant, culpa alicujus fracta sunt: placet duntaxat retium æstimationem fieri, non piscium: quia incertum fuit, an caperentur. *l. quemadmodum.* 29. §. *item Labeo.* 3. *ff. de leg. Aquil.* atque hoc ad res omnes ejusdem generis transferre licet, puta ad venationem, & aucupium. Plane si in contractu actum sit, ut incertus v. c. captus piscium æstimaretur, is æstimandus est propter conventionem. *l. si jactum.* 12. *ff. de act. empt.* nempe jactu retis vendito non tam ipse jactus venditus, quam quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æstimatio autem redigetur ad id, quod consuetum est capi. per *l.* 1. *ff. de usur. Molin. tract. de eo quod int. n.* 81. *& seqq.* Vinum aut frumentum venditum est, nec traditum: non est æstimandum, quod his rebus traditis emptor forte negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, sed propter negociationem percipitur, nempe ex opera atque industria mercatoris, qui occasione oblata uti voluit. *l. si sterilis.* 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. junct. l. venditor.* 21. *vers. pretium enim. ff. de her. vel act. vend.* Neque tamen idem putamus esse ex corpore rei nasci & circa rem consistere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipsa secum fert, sibique adjunctam habet, licet extrinsecus veniant, meritoque Molinæus *d. tract. n.* 13. Doctorum distinctionem in interesse intrinsecum & extrinsecum improbat: quia quæcunque utilitas proprie circa rem consistere dicitur, ea extrinsecus venit. Ex re non nascuntur mercedes ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maxime circa rem consistere convenit. Servus, qui heres institutus venditus & traditus erat, evictus est, placet etiam ob hereditatem amissam ex empto agi posse. *l.* 8. *ff. de evict.* quia hereditatis utilitas circa rem consistere intelligitur, non quod ex re nascatur, sed quod ejus parandæ causa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in universum non quid paretur & unde veniat, sed unde ejus quærendi causa hic spectandum est. Exempla de damno circa rem in *l. proinde.* 22. *& l. seq.* §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. in hac stipulatione.*

tione. 28. *ff. de damn. infect.* Circa rem autem non consistit, quod vel certo habere petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur; veluti si vino aut frumento vendito & tradito emptor potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æstimatur. *l. sterilis* 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ejusdem generis sunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora distrahantur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi possunt.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contra quam Paulus in *d. l. si sterilis*. 21. §. 3. *ff. de act. empt.* etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non est, nec circa rem consistit, rationem habendam esse tradit, non in damno solum, sed etiam in lucro prolatis iisdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Locus Ulpiani est in *l.* 2. §. *ult. ff. de eo quod cert. loc.* qui locus usque adeo turbavit Alciatum, ut contra omnes fere (quamquam temere & perperam) statuerit, habendam esse rationem omnis utilitatis quam actor consequi potuit, etiamsi ea circa rem non consistat, præterquam in venditione; idque sine distinctione rerum aut adjectionis loci, aliusve circumstantiæ. Qomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum si dicamus nunquam eam utilitatem, quæ ex re non est, seu quæ eodem modo aliunde percipi potest, æstimandam esse, nisi appareat in contrahendo ejus quoque habitum esse rationem: quod si contingat, conventionem servandam esse. De solo autem tali casu loquitur Ulpianus in *d. l.* 2. §. *ult. ff quod cert. loc.* Agit enim de pecunia, quæ certo loco promissa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait hæc in utilitate actoris æstimari, quod actor forte eo loco, quo pecunia dari promissa est, pecuniam debuit sub pœna vel pignoribus, & ob id quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commissa sit, aut pignora distracta. At quamorbem? nempe quia adjectione loci id actum esse intelligitur: nam cum locus non frustra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, solutionem retulisse. *Cont. in schol. ad d. l. un. c.* 4. *in fin. Perez. ad Cod. d. tit. n.* 18. Neque id in pecunia numerata solum locum habet, sed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili, ut bene *Molin. n.* 97. *& seq. Donel. c.* 11. contra Bartolum & plerosque alios interpretes. Nec vero sola loci adjectio hoc efficit, verum etiam solutionis in certam personam aut tempus collatio, si creditori expediat personæ adjectæ eove tempore solvi, propter ejusdem generis utilitates, ut diserte Papinianus in *l. liber homo*. 118. §. *ult. ff. de verb. oblig.* & Ulpianus *l. si fundus*. 114. *ff. eod. l.* 4. *pr. ff. quod cert. loc.* Enimvero non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æstimabitur, sed ea tantum, ad quam adjectione harum circumstantiarum credibile est respexisse actorem, ut liquido apparet ex verbis Ulpiani in *d. l.* 2. §. *ult. quid si mercis solebat comparare.* Igitur adjectione loci id tantum agi intelligetur, ut eam utilitatem consequatur actor, quam eodem in loco consequi potuisset, si pecunia ibi soluta fuisset. Quod si eo loco nihil interfuit, quamvis si alibi soluta esset pecunia, actor consecutus esset, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus sum mihi aut Titio dari, non omne æstimabitur, quod interfuit mea, sed quod interfuit Titio solvi: puta ne si Titio solutum non esset, pœna, quam promiseram, committeretur. *d. l. liber homo*. 18. §. *ult. de verb. oblig.* At sicubi alias expedierit mihi pecuniam solvi, id in æstimationem non venit; quia hoc actum non est. Temporis adjecti eadem ratio, si temporis utilitas

intervenerit *d. l. si fundus.* 114. *de verb. oblig. d. l.* 4. *pr. quod. cert. loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his caussis recepto, consequens fuit ut non solum damni, sed etiam lucri ratio haberetur. Finge stipulatorem pecunia suo loco accepta merces comparare potuisse, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æstimabitur. *d. l.* 2. *in fin. ff. quod. cert. loc.* parem enim esse damni facti & lucri amissi rationem supra effectum est. Illud interest, quod in damno persona distinguitur: nam stulte quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit: & omnino ubi quid amissum est, quæri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem personæ conditio & consuetudo spectanda est, ut videri possit ad eam spem & cogitationem voluisse loci adjectionem referre. Finge mercatorem esse, qui merces eo loco comparare & negotiari solitus sit. *d. l.* 2. §. *ult. in fin.* Recte nempe hic si lucrum factum non est, quæretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum est. Pluribus hæc exequitur Donellus in *d. l.* 2. §. *ult. & d. c.* 11. *circa fin. add. Mant. lib.* 10. *de tac. & ambig. conv. tit.* 7. *n.* 7. *& ibi alleg.*

CAP. XXXIX.

An interdictum seu judicium possessorium recte cumuletur cum petitorio sive rei vindicatione?

CONCURRERE plures actiones dupliciter dici possunt, elective sive disjunctim, ut una tantum ex pluribus, quæ competunt, experiri liceat, qua in judicium deducta, cæteræ consumantur. *§. cæterum.* 5. *Inst. quod cum eo qui in al. pot. l. pro socio.* 38. §. 1. *ff. pro soc. l. eligere.* 9. §. 1. *ff. de trib. act. l. in duobus.* 28. §. 4. *ff. de jure jur. l. qui servum.* 34. §. 1. *ff. de obl. & act.* & cumulative sive conjunctim, ut omnibus experiri liceat, nec una alteram consumat: qui verus est concursus. Atque earum, quæ ita concurrunt, aliquando hæc cumulandi ratio est, ut utraque simul & eodem tempore uti liceat, quod fit quando diversarum rerum nomine competunt: ubi tamen & diversæ sententiæ ferendæ. *l.* 11. *ff. de jurisd. l. & hæc distinctio.* 35. §. 1. *ff. locat. l.* 9. §. 1. *ff. de trib. act.* atque eo plerique referunt *l.* 32. *ff. de obl. & act. l.* 2. §. 1. *&* 2. *ff. de priv. delict. l. nunquam.* 130. *ff. de reg. jur.* Interdum hæc, ut non simul omnes, sed singulæ seorsum & in diversis judiciis exerceri debeant, quod fit quando plures conjunctim competunt ejusdem rei nomine. *l.* 43. §. 1. *ff. de reg. jur. d. l.* 9. §. 1. *ff. de trib. act. l. cum filius.* 76. §. *variis.* 8. *ff. de legat.* 2. *l. plura delicta.* 53. *ff. de oblig. & act.* quam tamen distinctionem nunc ad amussim non examino. Sed & aliquando una e concurrentibus pendente altera interim inhibetur: idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret, quomodo concurrunt condictio furtiva & actio furti. *l.* 7. §. 1. *de condict. furt.* at pendente actione furti illa denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio fundi & servitutis, sed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat. *l. fundum.* 16. *ff. de except.* Vel propter ordinationem judicii ipsamque procedendi rationem, quomodo dici potest concurrere interdictum sive judicium possessorium cum rei vindicatione seu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad constitutionem judicii petitorii prius possessorium terminatum

esse

esse oportet. §. *retinendæ. Inst. de interdict.* Quæstio autem proposita in eo vertitur, an judicium possessorium cum petitorio sic cumulari & jungi possit, ut utroque simul & eodem tempore experiri liceat, hoc est, ut utrumque eodem libello proponatur, utrumque simul dictetur, de utroque simul cognoscatur, unaque sententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæstio in interdictis adipiscendæ & recuperandæ possessionis: a multis tamen & in interdictis retinendæ: vide *cap. pastoralis. & ibi late Gloss ext. de caus. possess. & propr.* Nos in hac quæstione probamus sententiam Joannis & Azonis negantium hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari posse, sed prius de possessione, deinde de proprietate distinctis judiciis esse cognoscendum, contra doctrinam Petri, qui omne possessorium cum petitorio cumulari posse contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ possessionis. Etenim ut possessio nihil commune habet cum proprietate. *l. naturaliter.* 12. §. 1. *ff. de acq. poss.* & ut sunt plane hæ res dissimiles *l.* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud.* cum possessio sit facti, dominium juris. *l.* 1. §. 3. *l. cum heredes.* 23. *ff. eod. l. denique.* 19. *ff. ex quib. caus. major.* ita etiam duas actiones non modo distinctas, sed etiam insociabiles pariunt, dominium rei vindicationem. *l. in rem.* 23. *ff. de rei vind.* §. 1. *Inst. de action.* possessio actionem in personam seu interdictum. *l.* 1. §. *pen. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus distinctis judiciis hæc tractanda sunt: cum actiones contrariæ & incomparibiles cumulari nunquam possint. *l.* 1. *C. de furt. cum ibi not. l.* 16. *C. de inoff. test. Ant. Fab. C. suo for. tit. unde vi. defin.* 8. Placet autem possessionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de causa proprietatis ab eodem judice cognosci. *l. ordinarii.* 13. *C. de rei vind. l.* 3. *C. de interdict. l. exitus.* 35. *ff. de acq. poss. l. ult. C. quorum bonor.* Ex quo intelligimus, nisi prius judex de possessione judicaverit, jure ab ejus sententia appellari posse, quod & diserte traditum est in *l.* 1. *C. de appellat.* Quod si utramque controversiam & possessionis & simul proprietatis eodem judicio cognosci, & terminari volumus, res erit inexplicabilis & exitum reperire judicium non poterit. *d. l. exitus.* 35. *ff. de acq. poss. l. inter litigantes.* 62 *ff. de jud. l. liberis.* 7. §. *ult. ff. de lib. caus.* quippe cum ut petitoria actio instituatur, prius constare debeat, quis sit possessor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente, qui hic reus est, petat. §. *retinendæ.* 4. *Inst. de interdict. d. l. inter.* 62. *ff. de judic.* At si judex de utroque simul cognoscat, sententiam ferre non poterit, quæ judicii exitus est. Nam in petitorio jubetur possessorem absolvere, si petitor non probaverit se dominum esse. *l. ult. C. de rei vind.* Sed quomodo possessorem, quem ignorat, absolvet? Ignorat autem quamdiu pendet causa possessionis. Quod si prius de possessione judicari oportet, perspicuum est simul possessorio & petitorio judicio agi non posse. Atque hoc etiam Martinus admisit, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, si de possessione agatur interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, veluti si quis de fundi possessione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem se fundi dominum dicat: aut heres interdicto quorum bonorum de adipiscenda possessione rerum hereditariarum, quarum & idem se dominum esse dicat. Hic statuunt utrumque judicium posse concurrere, ut quis & interdicto experiatur ad recuperandam aut adipiscendam possessionem, & simul judicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc, quam actio petitoria adversus possessorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum est, generalis enim hæc sententia est tradita in *d. l. ordinarii.* 13.

C. de rei vind. possessionis quæstionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis etiam de possessione quæritur: ac proinde etiam controversiam ex his natam prius decidi oportet. De specie interdicti unde vi id expresse quoque cautum est. *l. 1. C. de appellat. l. si de vi. 37. ff. de judic.* Et ratio juris eadem hic est, quæ in casu superiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis agitur, constat, uter e litigatoribus pro possessore haberi & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto judicatum sit: hoc autem non constituto non potest petitoria actio institui. *l. inter. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Instit. de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui possessionem sibi restitui petit, vel nunc primum conatur adipisci, adversarium possessorem agnoscit: nam si rem ipsam & effectum juris spectamus, nemo videtur possidere, qui possessionem retinere non potest. *l. non videtur. 22. ff. de acq. poss.* Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciscendam possessionem actionem habet, perinde habetur quasi possideret. *l. si quis vi. 17. pr. ff. eod. l. is qui. 15. ff. de reg. jur. l. id apud. 143 ff. de verb. sign.* Proinde sive is revera possidet, bene est, sive non possidet, tamen possessio una cum possessionis commodo ei tribuenda est sententia judicis: quod si judex ante omnia non fecerit, juste ab eo provocabitur. *l. 1. C. de appellat.* Sed etsi juris auctoritate destitueremur, non aliter tamen respondere possemus propter horum judiciorum contrariam conditionem & finem. Judicii possessorii finis hic est, ut qui eo experitur, possessor judicatus commodo possessionis fruatur: petitorii hæc conditio, ut qui eo agit, petitoris onus in se suspiciat, quæ cum sint pugnantia, nisi prius de possessione judicatum sit, res exitum habere non potest. *d. l. inter litigantes. 62. ff. de judic. §. retinendæ Inst. de interdict.* Fingamus actorem in possessorio superiorem esse, inutilis tamen hæc ei victoria est, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perseverans partes petitoris sustinere debeat, quasi commodo possessionis repudiato. Si vincitur, aperte id ei inutile est. Quod si prius in petitorio pronuntietur pro actore, multo minus ulla possessorii utilitas esse potest, cum ex sententia super petitorio lata plenissima restitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid consequi possumus. Adde quod sic injuria fit possidenti, cui ob eam causam & appellare licitum. *l. 1. C. de appellat.* Quod si eodem tempore & de possessione & simul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is possessor pronuntietur, illinc pro reo, ut is declaretur dominus, exibit forma sententiæ, quæ proponitur in *c. cum dilectus. ext. de caus. poss. & propriet.* merito irrisa a Donello in *l. 3. n. 8. Cod. de interdict.* Nam profecto ridiculum est, ut judex jubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est, & simul eodem momento eademque sententia jubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est & superior in jure proprietatis. Qui hoc rediculum esse negant, ne illi ipsi sunt valde ridiculi. Illud autem absurdum non est, ut lite possessionis prius decisa, atque uni possessione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantisper adjudicata, postea de proprietate idem judex cognoscens petitori, qui se dominum esse in hac lite probavit, possessionem restitui jubeat. Atque hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo esse convenientissimam, sed etiam esse necessariam: quippe qua non observata locus sit provocationi.

Non obstat huic sententiæ *l. cum fundum. 18. §. ult. ff. de vi & de vi armat.* Non enim

enim negamus, quod illic dicitur, eum, qui rem vindicare cœpit, posse pendente judicio petitorio, hoc est, interim dum de possessione cognoscitur, dilato, interdicto experiri: sed negamus utrumque posse simul jungi, de utroque simul & eodem tempore judicem posse cognoscere & judicare. Atqui, inquies, is qui semel actionem proposuit, cogitur perseverare ad finem usque litis. *auth. qui semel. C. quom. & quand. jud. sent.* Respondeo, qui interdicto de possessione experitur, pendente rei vindicatione, & interim persecutionem petitorii omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea lite partes sustinere petitoris, ac se commodo possessoris frui vult, id quod jure postulat, cum sit possessor, nec vindicando (forte per imprudentiam) renuntiasse possessioni videatur. *l. naturaliter.* 12. §. 1. *ff. de acq. poss.* Mirum autem in modum huic sententiæ obstare creditur textus in *l.* 6. *ff. de except. rei jud.* eoque contrariæ sententiæ auctores præcipue nituntur, quasi illic Jurisconsultus aperte diceret judicium petitorium & possessorium diversis quidem & separatis actionibus proponi, sed tamen unam sententiam & unum judicati finem sufficere, ut ad utrumque prosit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci istius interpretatio, cujus simplex & plana, si qua ullius, sententia est, nempe sufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque semel sententia judicis terminatam esse; nec debere eam sententiam apud eundem judicem retractari. Et obstat magis hic locus contrariæ sententiæ quod & Ant. Mattheus in *disput. ad. l. ordinarii. C. de rei vind.* observavit. Nihil etiam adversus sententiam nostram facit locus Justiniani in *Nov.* 4 *c.* 2. *vers. contra principales.* ubi licentia datur creditoribus adversus principales debitores pignus pro debito obligatum possidentes utraque actione simul experiundi, & personali & hypothecaria: nam in cumulatione illa actionis personalis & hypothecariæ: de qua illic Justinianus, nihil est præposteri, ut contra esse ostendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione; ut ecce, si creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ sibi ex contractu aliquo debentur, solvantur, aut pignus pro ea summa obligatum, cujus possessio penes debitorem sit, sibi restituatur, in hac cumulatione nihil est, quod ordinationem judicii ejusve exitum impediat: sed probato debito, & pignoris pro eo constitutione, judex debitorem aut solvere jubebit, aut pignus restituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda est, ut aut solvat debitor, aut pignus restituat; non conjunctim, ut & solvat & pignus restituat; cum solutione ejus, quod debetur, non tantum debitor ipse, sed etiam pignus liberetur. *l. in omnibus.* 43. *ff. de solut.* cum similib. Alia urget Cujacius *lib.* 25. *obs.* 34. ubi sic argumentatur, Si cœpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto uti possidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed inquam non sequitur, mutari actio potest, aut interim dum de alia re disputatur, omitti, ergo cum altera simul jungi & dictari potest: quoniam mutatio nihil habet incommodi *l.* 3. *C. de edend.* conjunctio & cumulatio plurimum, ut supra probatum est. Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi possunt hoc modo, *Nihil debeo, & ut debeam, pacto mihi debitum remisisti*: ergo ita potest utraque actio conjungi possessoria & petitoria, *Tu non possides, sed ego; & ut tu possideas, rem meam esse ajo.* Sed mala & hæc Cujacii collectio est. Nam si reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & simul depulsione, nihil præpostere facit, aut quod judicii constitutionem exitumve moretur: sed probationis tum hic ordo est, ut prius de sua intentione doceat actor deinde ad probatio-

nem

nem exceptionis tantiſper dilatam admittatur reus. *l.* 8. *l.* 9. *C. de except.* Sed nec quod reo, cui non ſemper ſui defendendi facultas *l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. except.* permittitur, ut ſcilicet pluribus defenſionibus aut exceptionibus ſimul & eodem tempore uti poſſit. *l.* 5. *l.* 8. *ff. de except. l. nemo.* 43. *de reg. jur.* id continuo & actori concedendum, nempe ut is quoque ex contrario pluribus actionibus ſimul experiatur, ut jam evicimus. Deſtinanti rem petere ſuadet Gajus, ut videat dum interdicto aliquo poſſeſſionem nanciſci queat, quo eam nactus in adverſarium transferat onus petitoris. *l. is qui.* 24. *ff. de rei vind.* Sed & qui jam cœpit rem vindicare, poteſt nihilominus experiri interdicto uti poſſidetis. *l. naturaliter.* 12. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* At ex hoc loco non recte infertur cumulatio ſeu conjunctio utriuſque judicii. Nam his Juriſconſulti verbis, *non denegatur interdictum uti poſſidetis, qui cœpit rem vindicare*, non hoc ſignificatur, poſſe utrumque judicium cumulari, unaque terminari ſententia, ut male putat *Fachin.* 8. *controv.* 6. ſed poſſe eum, qui vindicare cœpit, omiſſo tantiſper petitorio, & interim dum de poſſeſſione, ſuſpenſo & dilato, interdicto experiri. *l. cum fundum.* 18. §. *ult. ff. de vi & de vi arm.* ibi *pendente judicio.* Cæterum ex converſo pendente judicio poſſeſſorio, petitoria actio inſtitui non poteſt, quia prius poſſeſſionis cauſam decidi oportet, quam ad cauſam proprietatis veniatur. Plane ſi quis dum animadvertit in petitorio ſe melius fundatum eſſe, poſſeſſorio renuntiare & ad cauſam proprietatis tranſire velit, non eſt dubitandum, quin id ei concedendum ſit: nec ſententia lata in poſſeſſorio præjudicium ullum petitorio facit. *l.* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud.* Jus autem Pontificium hac in re diſcrepat a jure civili, quod Innocentius Tertius male intellexit, deceptus *l. cum fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & de vi arm.* ut apparet ex *c. paſtoralis. ext. de cauſ. poſſ. & propr.* ubi eodem judicio & interdicto recuperandæ ſeu adipiſcendæ poſſeſſionis, & ſimul actione in rem experiri permittit, citato dicto juris civilis loco: aliis poſſeſſoriis judiciis, ut ipſe loquitur, in ſuo robore duraturis, quæ vindicationem dominii ſui natura præcedunt, qui & Martini & communis error fuit. Sic idem Pontifex in *c. Raynutius. ext. de teſtam.* ſecutus eſt communem errorem de duarum quartarum detractione. Apud eundem *c. cum dilectus. de cauſ. poſſ. & propriet.* habes deridiculam illam ſententiam, quam ſupra exploſimus: add. Donellum & Giſanium ad *l.* 3. *C. de interdict. Papon. lib.* 8. *tit.* 12. *arreſt.* 4. *Charond.* 4. *reſp.* 28.

CAP XL.

Exceptio diviſionis qualis ſit & quando proponenda?

PLURES fidejuſſores ejuſdem rei aut pecuniæ debitæ in ſolidum ſingulos teneri, ſive id nominatim convenerit, ſive non convenerit, explorati juris eſt. §. *ſi plures.* 4. *Inſt. de fidejuſſ. l* 3. *C. eod.* Neque hoc jus mutatum eſt *Nov. de reis promitt.* 99. unde *auth. hoc ita. C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc ſententia eſt, eam conſtitutionem, quæ de duobus reis eſt, ad fidejuſſores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejuſdem pecuniæ accipiuntur, dubitari poteſt, qua mente id fiat, utrum ſicut ſolidum verbis, ita re quoque promiſiſſe videantur; an obligationem pro numero perſonarum dividi exiſtimaverint: cujus dubitationis cauſam ſuſtulit Juſtinianus, cavens ne

ne plures ejusdem pecuniæ promittendi rei aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum singuli promittant id quod reus debet, & quantum debet. Tenentur ergo singuli plurium fidejussorum in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola Divi Hadriani illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur. *d.* §. 4. *Inst. de fidejuss. l. si plures.* 27. *ff. l.* 3. *C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur: competitque non fidejussoribus tantum, verum etiam cæteris accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt. *l. ult. C. de pecun. constit.* Locus autem est huic beneficio seu exceptioni dividendæ actionis, cum plures sunt fidejussores. Et explosus fuit Advocatus Leydensis Tobias ex Alto (insignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum esse contendebat etiam ubi unus tantum fidejussor est, nempe ut actio inter reum principalem & fidejussorem divideretur: de quo integram ille consultationem conscripsit, sed egregie confutatur textu *l. si plures.* 27. §. *ult. ff. de fidejuss.* Quid si in pluribus fidejussoribus accipiendis expresse convenerit, ut singuli in solidum teneantur? Nihilominus hoc beneficio gaudebunt, cum etsi hoc adjectum non est, singuli in solidum teneantur; nec conventio ista conditionem juris & constitutionem mutat; postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur. *l.* 3. *C. de fidejuss.* & secundum hoc Lutetiæ judicatum refert *Papon. l.* 10. *t.* 4. *arrest.* 23. Cæterum non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgetur, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ ita & ejusdem debitoris sint fidejussores: inter plures enim diversorum debitorum licet ejusdem summæ, fidejussores actio non dividitur. *l. si plures.* 27. §. *ult. l. si a Titio.* 43. *ff. eod.* Exemplo fidejussorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui simul tutelam gesserunt, aut quorum nemo gessit, & solvendo sunt. *l.* 1. §. *nunc tractemus.* 10. *& seqq. ff. de tut. & rat. distr. l. si plures.* 38. *& ibi DD. ff. de admin. tut. Paul. Mont. tract. de jur. tut. c.* 39. *n.* 149. Datur & plurium tutorum fidejussoribus. *l.* 6. *l.* 7. *ff. de fidejuss. & nominat. tut.* pluribus autem unius tutoris fidejussoribus non datur. *l. ult. ff. rem pup. salv. for.* ubi & ratio. Enimvero in hac divisione notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure sed ope exceptionis. *l. inter fidejussores.* 26. *ff. de fidejuss.* Inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin & si quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur, quod utrumque secus se habere ostendit *d. l. inter fidejussores.* & *l. si testamento.* 49. §. 1. *ff. eod.* Porro duæ sunt conditiones sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus indulgetur: una est, si fidejussores non negent se fidejussores esse: inficiantibus enim auxilium divisionis dari non placuit. *l. si dubitet.* 10. §. 1. *ff. eod.* Altera est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur. §. *si plures Instit. l. inter eos.* 51. §. 1. *ff. eod.* Quod placet in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis e fidejussoribus eo tempore solvendo non sit,

d cæteris qui ſolvendo ſunt, non prodeſſe: deinde ſi omnes tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuerint, & poſtea aliqui minus idonei eſſe cœperint, quamvis ante ſententiam, eam rem ad onus eorum, qui ſolvendo ſunt, non pertinere. *d. l. inter eos.* §. *pen. d.* §. *ſi plures.*

De illo non convenit, quando exceptio diviſionis opponenda ſit, poſtulandumque, ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejuſſoribus conteſtata ſit, quem & Cynus & alii ſecuti ſunt. Moventur primum eo, quod in §. *ſi plures. Inſtit. de fidejuſſ.* dicitur compelli creditorem partem a ſingulis fidejuſſoribus, qui modo ſolvendo ſunt tempore litis conteſtatæ, petere: ſi quis autem eo tempore ſolvendo non ſit, hoc cæteros onerare: unde recte ſibi viſi ſunt colligere, eodem quoque tempore hanc exceptionem opponendam petendamque actionis diviſionem. 2. Per *l. liberum.* 16. *C. de fidejuſſ.* ubi diſerte ſcriptum eſt, poſt litis conteſtationem petitionem diviſam redintegrari juris rationem non pati; ex quo iterum, ut ſupra, colligunt, poſt litem conteſtatam exceptioni diviſionis locum non eſſe. 3. ex eo, quod fidejuſſori inficianti beneficium diviſionis denegatur. *l. ſi dubitet.* 10. §. 1. *ff. eod.* Litis autem conteſtatio non niſi negative a parte ejus, qui convenitur, fieri poteſt. *l.* 2. *C. de jurejur. propt. calum. l. rem non novam.* 14. §. 1. *C. de judic.* Sed verius eſt, quod & communiter placuit, etiam poſt litem conteſtatam diviſionis exceptionem opponi poſſe, & ſufficere, ſi quandoque ante ſententiam allegetur. *l. fidejuſſor.* 10. §. 1. *C. eod.* ubi Alexander Imperator Vitali ita reſcribit: *Utis, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur, ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet.* Frivolum autem eſt, quod reſpondent exceptionem, quæ ante litem conteſtatam opponitur, utique etiam opponi ante ſententiam ſeu condemnationem: nam utique hoc falſum eſt, exceptionem, quam ante ſententiam opponi ſufficit, eam opponendam eſſe ante litis conteſtationem. Ait Imperator, *ex ordine poſtulari ſolet.* id eſt, ſervato ordine earum defenſionum, quæ fidejuſſoribus competere ſolent. Fieri enim poteſt, ut fidejuſſor in ſolidum conventus plures habeat defenſiones, aut ſaltem plures alleget; v. c. ſi dicat ſe non teneri, quia reus principalis liberatus ſit, vel ipſo jure, vel per exceptionem; aut ſi ex ſua perſona utatur exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, &c. His autem defenſionibus cum ſe excluſum videt, recte atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac deſiderat, ut pro parte tantum conveniatur. Hoc vero poſtulari poteſt & ſolet ante ſententiam ſeu condemnationem, ut verba reſcripti habent. Non obſtat *d.* §. *ſi plures. Inſt. de fidejuſſ.* neque enim hoc ibi dicitur, exceptionem hanc proponendam eſſe ante litem conteſtatam: ſed hoc ſolummodo, ſi tempore litis cum uno conteſtatæ quidam non ſint ſolvendo, hoc ad onus cæterorum pertinere. Quamvis autem hæc exceptio poſt litem conteſtatam allegetur, non eo tamen minus actio inter eos dividi poteſt, qui tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuerunt, & dividenda eſt, ſi is qui hac exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore ſolvendo fuiſſe. *l. inter eos.* 51. §. 1. *ff. eodem. Mantic. de tac. & ambig. conv. lib.* 16. *tit.* 19. *n.* 2. In *d. l. liberum.* 16. *C. eod.* proponitur caſus, quo creditor cum omnibus fidejuſſoribus ſimul egit, cum ſingulis autem pro parte; atque ita actionem ſuam inter fidejuſſores pro parte cum ſingulis agendo ipſe ultro diviſit. Eum autem, qui hoc fecit reſpondet Gor-

Gordianus non posse post litis contestationem actionem divisam instaurare, hoc est, ab eo, qui pro parte conventus erat, solidum non posse petere ex persona eorum qui solvendo non sunt, aut ab initio solvendo non fuerunt: quia creditor actionem inter fidejussores sponte sua dividendo solidi petitioni renuntiare intelligitur: ac proinde beneficium epistolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem contestando deteriorem conditionem suam facit. *l. non solet.* 86. *& seq. ff. de reg. jur.* Neque enim litis contestatio hoc, quod dicimus, efficit, sed actionis divisio; quamvis illa non nisi lite cum singulis pro parte contestata dividatur. Nimis autem leve est, quod ex *l.* 10. §. 1. *ff. de fidejuss.* objicitur, fidejussori inficianti auxilium epistolæ non indulgeri: quippe cum non simplex inficiatio fidejussores ab hoc beneficio removeat, puta si negent se teneri; sed si negent se fidejussores esse, si inficientur se fidejussisse. Non utor ad confirmationem & nostræ communis sententiæ argumento vulgari, quod exceptio divisionis sit exceptio peremptoria: quod quidem etsi verum est, licet Glossa hæsitet, & magis putet esse anomalam; utique enim perimit intentionem creditoris pro parte, nec ad onus aliorum pertinet, quod actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, *l. inter eos.* 51. §. *pen. eod.* dubito tamen an verum sit, quod vulgo traditur exceptiones peremptorias etiam non contestatas in strictis judiciis usque ad sententiam recte opponi, propter *l.* 9. *C. de præscript. long. temp. l.* 8. *l.* 9. *C. de except. junct. l. ut fundus. ff. comm. divid.* quanquam id hodie sublato fere judiciorum bonæ fidei & stricti juris discrimine admitti potest. Sed ut etiam exceptiones peremptoriæ initio litis contestandæ sint, ut ita demum postea ad probationem & disceptationem recte opponantur, quod satis aperte loca citata ostendunt: vid. *Donell. ad l.* 8. *C. de except.* sciendum tamen est, quæ de exceptionibus in exordio litis contestandis illic dicuntur, ea pertinere duntaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus.* 19. *ff. de probat.* quæ enim facti quæstionem habent, non possunt intelligi in judicium deduci nisi facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, hoc est, earum, quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur; qualis est exceptio divisionis fidejussoribus epistola. D. Hadriani tributa: quod genus contestari necesse non est, sed quandoque ante condemnationem allegari sufficit. Nam auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in judicium deducitur, cum fidejussori jure tribuatur hoc ipso, quod fidejussor est. Jam autem quæ juris sunt, ea ad officium judicis pertinent, etiamsi nominatim a partibus petita non sint. *l. un. C. ut quæ des. adv. part. jud. suppl.* & multo magis igitur, si petita erunt, ut hoc beneficium postulari debere dicimus. Quidam putaverunt exeptionem divisionis etiam post sententiam opponi posse in executione judicati, & hic etiam hæsitat Accursius. Sed bene *DD. comm. in d. l.* 10. *C. de fidejuss. Gomez.* 2. *var. resol. c.* 13. *n.* 15. *Zanger. tract. de except. part.* 3. *c.* 19. *n.* 4. id negant. Cur enim diceret Imperator ante condemnationem postulari solere, ut actio dividatur, si idem postulare liceat etiam post sententiam, cum jam is, cum quo actum est, in solidum est condemnatus. Sane ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori semel in solidum quæsita adversus eum, qui se passus est in solidum condemnari, postea parte duntaxat oblata ei invito adimatur, per *l. ult. ff. de pact. l. habere.* 57. *in fin. ff. de evict.*

quamquam hoc non obstante recte defenditur, posse hanc exceptionem opponi in secunda instantia licet post priorem sententiam: quia appellatio suspendit, imo extinguit judicatum, & reponit rem in eum statum, in quo erat ante sententiam. *l.* 1. §. *ult. ff. ad senat. Turpill. Sichard in d. l.* 10. *n.* 13. *C. de fidejuss. Zanger. & Gomez. ubi supra.* Nihil adversus hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus e fidejussoribus condemnatus est, opponi potest. *l. si fidejussores.* 41. §. 1. *ff. de fidejussor.* nam illa non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Multum quippe interest, utrum fidejussor condemnatus postulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejussoribus, an actionem adversus eos sibi cedi. Nam qui divisionem postulat, is contra sententiam postulat, ne solidum solvat: qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum secundum sententiam solvere, dum sibi adversus cæteros fidejussores consulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis SCtorum Vellejani & Macedoniani, quæ publicæ utilitatis causa maxime introductæ sunt, placuit, ut hæ etiam post sententiam opponi possint. *l. tamen.* 11. *ff. de senat. Maced.* id nequaquam cum Jacobo de Butrio ad exceptionem divisionis trahi debet. *Sichard. in d. l.* 10. *C. de fidejuss. n.* 10. Nihil denique contrarii habet responsum Papiniani in *l. inter eos.* 51. §. *ult. ff. eod.* Loquitur enim de fidejussore damnato non nomine fidejussionis, sed damnato capitis ita ut propter damnationem bona ejus fisco vindicarentur: quo casu potest quidem adhuc creditor adversus alios fidejussores jus suum exequi: sed hic fidejussores recte postulabunt, ut inter eos, qui solvendo sunt, actio dividatur in quo numero etiam fiscum qui damnato successit, & heredis loco est, habendum scribit Papinianus.

CAP. XLI.

An fidejussor ad certum tempus acceptus eo tempore elapso obligatus maneat, & quomodo?

ELEGANS quæstio est, an fidejussor, qui ad tempus pro aliquo spopondit, exacto eo tempore adhuc teneatur, & quomodo. Putamus autem in hac quæstione recte sentire eos, qui negant post tempus definitum fidejussorem sine novo ejus consensu vel repetito cum debitore contractu, vel omnino in futurum obstringi: in præteritum vero, seu respectu obligationis, pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere. Exempli gratia, Matth. Colerus, ut ipse de se testatur *de process. exec. p.* 1. *cap.* 10. *n.* 310. pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejusserat. Expleto eo spatio, officium prorogatum sive ut nunc loquuntur, officiali continuatum est inconsulto Colero fidejussore. Hic dicimus Colerum ex fidejussione sua teneri quidem etiam post annum, quo officium reo prorogatum est, sed tantum de periculo temporis præteriti, seu prioris anni, quo solo fidejussor fuit, non autem temporis futuri seu annorum insequentium. Igitur hoc primum dico, fidejussorem, qui ad certum tempus se obligavit, finito eo tempore, in posterum non teneri, nec ex novo seu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus assertionis quæritur, certum est eum, qui ad tempus fidem suam interponit, nolle post id tempus obstringi: at extra verba & conventionem fidejussio non est extendenda, cum sit contractus stricti juris. *l. quicquid.* 99. *ff. de verb. oblig. Hering. de fidejuss. c.* 2. *n.* 50. & *c.* 24.

&c. 24. *n.* 33. Et in universum obligatio limitata ad certum tempus non potest in vito obligato in longius tempus prorogari, ut bene *Ferrar. in form. libell. cont. plureos debend. vers. solutum facere recusaverunt. n.* 2. Hinc rescriptum est, fidejussorem, qui in certum tempus judicio sisti aliquem promisit, in tantum tempus duntaxat teneri, in quantum se obligavit. *l. si fidejussor.* 27. *vers. nisi in certum tempus. C. de. fidejuss.* Et responsum, si in primo compromisso per fidejussores cautum fuerit, & iidem in sequenti fidejubere noluerint, alios in eo adhibendos. *l. Labeo.* 25. *§. ult. ff. de recept. arbitr.* Si auctoritas quæritur, notabilis & apertus in hanc rem textus est in *l. si cum Hermes.* 7. *C. de locat.* ubi cum quidam pro alio conductionis temporalis nomine fidem suam obligasset, & conductor finito tempore conductionis sine consensu fidejussoris in conductione detineretur, diserte respondet Alexander, fidejussorem non oportere de posterioris temporis periculo adstringi: nempe quoniam alia & nova hic conductio finita priore intervenit. *l. qui ad certum.* 14. *ff. locat.* & consequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejussorem prioris obligationis sine novo ipsius quoque consensu pertinere non potest. Atqui, ajunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent. *l. legem.* 16. *C. de locat.* pignorum autem & fidejussorum par causa est. *l. promis.* 21. *§. ult. ff. de pec. constit. l.* 1. *§. jubet autem.* 9. *ff. de collat. l.* 4. *§. adduci.* 8. *ff. de fideic. libert.* Respondeo, renovata tacite conductio cum vinculis pignorum renovata censetur, sed nempe ipsius conductoris, qui ultro se in nova obligatione constitui passus est, non autem si alius pro eo in priore conductione res obligavit, sine novo hujus consensu. *l. item quæritur.* 13. *§. ult. ff. locat.* ac proinde nec prioris conductionis fidejussores, ea renovata sine novo & expresso eorum consensu in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat quis, tempus non esse modum tollendi obligationem. *l. obligationem.* 44. §. 1. *ff. de oblig. & act.* nam cum fidejussoris obligatio certo tempore circumscribitur & limitatur, id non tam eo spectat, ut tempore obligatio finiatur, quam ut ne post illud tempus aut pro temporis obligatione fidejussor teneatur: quemadmodum si cum ducenta deberentur, in centum fidejussor datus est, nemo dixerit fidejussionem respectu residui finitam esse: at sicut summa, ita & dies pars est stipulationis. *l.* 1. *§* 2. *ff. de edend. Ant. Fab. Cod. suo for. de fidejuss. defin.* 25. *Valent. Reimer, quæst. illustr. dec.* 10. *c.* 4. *Hering. d. tract. c.* 20 *§.* 18. *n.* 4. *&* 5. Et utique alias in omnem eventum tueri se poterit fidejussor exceptione pacti conventi vel doli mali. *d. l.* 44. *§.* 1. *ff. de oblig. & act. l. eum qui.* 56. *§. qui ita.* 4. *ff. de verb. oblig.* In tantum autem hæc vera esse arbitramur, ut etsi fidejussor cautionem sibi reddi post repetitum contractum non postulaverit, nihilomagis ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejussio nunquam fit tacite citra verba & stipulationem. *l.* 5. *§.* 2. *ff. de verb. oblig. l. blanditus.* 12 *C. de fidejuss.* & tralatitium est in fidejussionibus stipulationem loco formæ esse. *Hering. d. tr. c.* 11. *n.* 1. *& seqq.* quod ideo hic notare visum, ne quis putet fidejussori necessariam hic esse aut protestationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *d. l. si cum Hermes. C. de locat.* mentio fit repetitæ a fidejussore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id necessarium, sed quia factum fuit: cujusmodi sexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur a consultoribus, & in rescriptis iterantur, quæ tamen ad causæ decisionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure versatis notum est. Sic etiam Colerus loco supra citato cautionem suam fide-

jussoriam se repetiisse memorat, non quia id necessarium putavit, sed quia id fecerat, dubitationis omnis scilicet tollendæ gratia. Quod vero prorogatione solutionis non liberetur fidejussor, qui ad certum tempus se obligavit, id longe aliam rationem habet: multum enim interest inter prorogationem solutionis, quæ fit salva obligatione principali, & prorogationem quam vocant obligationis, quæ est obligationis finitæ novo contractu interveniente renovatio. Sed de eo uberius in *quæst. seq.* Ex converso autem dicimus fidejussorem in proposito firmiter obligatum manere in præteritum, id est, nomine ejus, quod ex causa prioris contractus, pro quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licet prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen ex eo contractu nata adhuc manet, & tam diu durat, donec creditori solutum aut aliter ei satisfactum sit. Neque enim tempore obligationes pereunt. *l. obligationum.* 44. §. 1. *vers. placet etiam. ff. de oblig. & act.* nisi post triginta annorum curriculum, *l.* 3. *C. de præscr. trig. ann. l.* 1. §. 1. *C. de annal except.* adde *l. si alienam.* 9. §. *omnis pecunia.* 3. *ff. de pign. act. l. grege.* 13. §. *etiam.* 4. *ff. de pignor.* facit *l. nemo potest.* 35. *& l. seq. ff. pro soc.* cum similibus. Sed & firmum hujus assertionis argumentum duci potest ex *d. l. si cum Hermes. C. de locat.* Nam cum Imperator illic sic rescribat, non oportere fidejussorem ad certum tempus obligatum de posterioris temporis periculo adstringi, hoc ipso non obscure significat eum adstringi periculo temporis prioris: cui simile habemus in *l. ult. C. in quib. caus. tut. hab.* Nimirum unius exclusio alterius solet esse inclusio. *l. cum prætor.* 12. *ff. de judic. l. ex eo.* 18. *ff. de testib.* Et argumentum a contrario sensu valide procedit. *l.* 1. *ff. de offic. ejus cui mand. jurisd.* nisi aut manifesta juris ratio aut expressi textus refragentur. *Præs. Everh. in loc. legat. loc.* 82. *n.* 4. Sic fidejussio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum attestatio fuerit expressa. *l. sancimus.* 27. *vers. tunc enim. C. de fidejuss.* venditor, qui se periculo subjecit designato tempore, in id tempus periculum sustinere, quo ad se subjecit. *l.* 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique æque iniquum foret, verbi causa, fidejussorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de sexti anni pensione, quam iniquum foret eum renovatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem causa est novationis, seu prioris debiti in aliam obligationem conversionis, hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituitur obligatio, ut prior perimatur. *l.* 1. *ff. de novat.* §. *præterea.* 3. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* quippe cujus rei hic effectus est, ut etiam accessiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quasi solutione facta *l. si rem.* 31. §. 1. *vers. eo magis. ff. de novat.* simul evanescant, & consequenter ut non in futurum tantum, verum etiam in præteritum fidejussores prioris obligationis liberentur. *l. si creditor.* 15. *l. novatione.* 18. *l. aliam.* 29. *ff. de novat. l. in omnibus.* 43. *ff. de solut. l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuss. l.* 4. *C. eod.* Consentiunt *Hering. tract. de. fidejuss. c.* 20. §. 18. *n.* 4. *& seq. junct.* §. 12. *n.* 5. 6. 7. *Ant. Fab. Cod. for. de fidejuss. dec.* 25. *Specul. lib.* 4. *part.* 3. *de fidejuss.* §. 1. quanquam obscure loquitur *Valent. Reimer. dec.* 10. *quæst. illustr. c.* 4.

CAP.

CAP. XLII.

An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?

VICINA superiori, ac tantum non ex iisdem fundamentis juris decidenda quæstio est, an prorogatione termini solutionis, id est, si creditor debitori ignorante fidejussore tempus ad solvendum præstitutum prorogaverit, fidejussor liberetur. Speculator *lib. 4. part. 3. tit. de fidejuss. §. 1. vers. illud autem quæritur.* & ibi *Joan. Andr. in addit. Ferrar. in form. libell. cont. plur. reos debend. §. solutionem facere recusaverunt. aliique relati apud Berlich. part. 2. concl. 25. n. 2.* putaverunt prorogatione temporis ad solvendum constituti liberari fidejussorem sine ulla distinctione. Alii vero distinguunt, utrum fidejussor simpliciter sine adjectione temporis fidem suam interposuit, an vero ad certum duntaxat tempus se obligavit: priore casu ne aut prorogatione solutionis effici, ut fidejussor liberetur: posteriore autem casu contendunt data prorogatione termini fidejussorem liberari. Et hæc est communis interpretum opinio, ut videre est apud *Gomez. lib. 2. var. resolut. c. 13. n. 21. Fachin. lib. 2. contr. 88. Hering. tract. de fidejuss. c. 20. §. 12. n. 2. & 3. Berlich. d. p. 2. concl. 25. n. 18.* cui etiam Fachinæus & Berlichius assentiuntur. Sed verius est neutro casu prorogatione solutionis liberari fidejussorem: nec ullus in jure nostro locus produci potest, quo contrarium probetur, sive fidejussio tempore determinata sit, sive indeterminata. Abutuntur autem interpretes locis quibusdam, veluti *l. si cum Hermes. 7. C. de locat. l. item quæritur. 13. §. ult. ff. eod.* quippe quibus locis non agitur de prorogatione solutionis, sed de obligationis, pro qua fidejussor intervenerat, finitæ renovatione: nec illud dicitur fidejussorem renovata obligatione liberari: sed renovatæ obligationis periculum ad eum non pertinere: cæterum ex priore contractu obligatus esse propterea non desinit, ut superiore capite plene demonstravimus. Igitur si debitori, qui ad certum diem se soluturum promiserat, eoque nomine fidejussorem dederat, creditor inscio fidejussore facultatem solvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejussorem liberatum videri, cum principalis obligatio salva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejussoris, appositum est ad finiendam aut limitandam obligationem, quo casu aliud dicendum esset, respectu periculi sequentis temporis. *d. l. si cum Hermes. C. de locat.* sed ad faciendam solutionem & exactionem. *Gabriel lib. 3. comm. opin. tit. de fidejuss. concl. 3. Coler. de process. execut. p. 1. c. 10. n. 2. 98. & sequent.* nec durior fit conditio fidejussoris. Nam si jamdiu in obligatione mansit, nec diutius manere velit, potest ille sibi consulere ordinario juris remedio, quemadmodum & si reus labi facultatibus inciperet. *l. Lucius. 38. ff. mandat. l. si pro ea. 10. C. eod. c. ult. ext. eod.* Quod si nec solvere ipse velit, nec petere adhuc possit, ut a fidejussionis periculo eximatur, boni consulere debet quod dilationis reo concessæ beneficium sibi commune futurum sit, ut tardius ad solutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda etiam est fidejussori. *l. ult. §. 1. C. de usur. rei jud. l. si unus. 27. §. 1. ff. de pact.* qui proinde, & ipse tanto plus habiturus sit intermedii temporis & spatii ad solvendum. *l. quod certa. 70. ff. de solut. Ant. Fab. C. suo for. tit. de fidejuss. defin. 25. Hering. d. tract. c. 20. §. 1. n. 6. & seqq.*

Hoc igitur posito quod prorogatio termini solutionis tantum differat exactionem, & ma-

& manente principali obligatione moram debitoris duntaxat tollat, quæ alias & fidejussori, maxime in omnem causam obligato, noceret. *l. si quis.* 24. §. 1. *ff. de usur. l. mora.* 88. *ff. de verb. oblig. l. quæro.* 54. *ff. locat.* necessario sequitur prorogatione non liberari fidejussorem, sed manere obligatum, sive simpliciter, sive cum adjectione temporis se obstrinxerit: prorogatio fit cum omnibus suis accessoriis & qualitatibus. *Gomez. & Coler. ubi supra. Perez. ad Cod. tit. de fidejuss. n.* 44. nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut possit dici in futurum liberatus, sicut in casu *l. si cum Hermes. C. de locat.* aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, & nova in locum sublatæ verbis stipulationis substituatur, ut possit dici plenissime atque etiam in præteritum liberatus; qui novationis effectus est. *l. novatione.* 18. *ff. de novat. l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuss. l.* 4. *C. eod.* Respondet Berlichius regulam illam, quod prorogatio secum trahit accessiones, de iis tantum accessionibus intelligendam esse, quæ ab ipsis contrahentibus dependent. *arg. l. item quæritur.* 13. §. *ult. ff. locat.* Sed non animadvertit hac responsione effici, ut & fidejussor, qui simpliciter sine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipse negat, & perspicue falsum est. Quod si quis dicat fieri posse, ut data dilatione ad solvendum debitor interim labatur facultatibus: iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejussori noceat; is sciat e contrario etiam fieri posse, ut debitor interim facultatibus augeatur, & pro ogatio fidejussori prosit; denique dilationes hujusmodi ex humanitate fere indulgeri solere ad petitionem debitorum, quibus in præsentia solutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & solutionem expedire queant. *l. promissor.* 21. §. 1. *ff. de pecun. constit.* & similib, unde porro & ipse fidejussor hoc commodum sentit, ut nec ille toto eo tempore, quamvis novo beneficio, exceptioni videlicet ordinis & excussionis, renuntiaverit, conveniri possit. Denique potest fidejussor reo moram nectente ipse in tempore solutionem offerre, & quod pro eo solvit, actione mandati, dum adhuc idoneus est, repetere. *l. idemque.* 10. §. *fidejussores.* 11. *ff. mand. l. mora.* 88. *ff. de verb. oblig.* Errant autem illi qui putant fidejussorem liberari, si creditori denuntiaverit, ut debitorem in tempore ad solvendum compelleret, isque dum cessat debitor desierit esse solvendo. Nam in fidejussore subsidiario (quem vulgo fidejusforem indemnitatis quanquam improprie, vocant) singulare hoc est, ut si creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore cessante debitor fortunis exutus est, recte recuset actionem contra se creditori dari. *l. si fidejussores.* 41. *pr. de fidejuss.* Secus autem est in fidejussore simplici, per textum expressum in *l. si fidejussor.* 62. *ff. eod.* Nec obscura est diversi juris ratio. Nam fidejussor indemnitatis non idem promittit, quod reus debet, sed quod a reo servari non poterit: ut hujus fidejussoris obligatio conditionalis sit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi possit, quam facultates rei ex causa judicati excussæ sint, ut certo constet eum non habere, unde solvat. *l. decem stipulatus.* 116. *ff. de verb. oblig.* Quare si talis fidejussor, quod ei conditio stipulationis permittit creditorem tempestive monuerit ut debitorem exigeret, & creditore cessante, ille postea solvendo esse desierit, perinde hoc habendum ac si non contigisset, quoniam suum a debitore servare potuit, & monitus debuit. *arg. l. factum cuique.* 155. & *l.* 161. *ff. de reg. jur.* At cæteri fidejussores idem, quod reus principalis promittunt, & statim ab initio una cum reo obligantur, ut nulla sit in hujusmodi fidejussoribus conditio, quæ creditorem certo tempore cum reo agere cogat, & cessantem cum fidejussore
agere

agere prohibeat. *Zaſ. Donell. Coſtal. & DD. comm. in l. ult. ff. de reb. cred. & in d. l. decem ſtipulatus. ff. de verb. oblig. Gail. 2. obſ. 27. n. 13. Gomez. 2. reſolut. c. 13. n. 9.* Cæterum aliud dicendum videtur poſt conſtitutionem Juſtiniani de fidejuſſoribus non conveniendis niſi poſt reum principalem excuſſum. *Nov. 4. auth. præſente. C. de fidejuſſ.* ut jam omnis fidejuſſor, propter beneficium ordinis & excuſſionis, in ſubſidium obligatus videri poſſit, niſi huic beneficio renuntiaverit, & conſequenter ſi denuntiaverit creditori, ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente, debitor inidoneus factus ſit, recte eum poſtulare ne contra ſe actio detur. *arg. d. l. ſi fidejuſſores. 41. ff. de fidejuſſ. ita Gomez. d. c. 13. n. 9. poſt Baldum in l. ult. ff. de reb. cred. Paul. Caſtr. in d. l. ſi fidejuſſores. col. 1 Panorm. in C. fin. ext. de fidejuſſ.* Sed vix eſt, ut hoc iis largiri poſſim. Neque enim hoc vult Juſtinianus *d. Nov. 4.* ut fidejuſſores ſimpliciter accepti id quod promiſerunt, debeant ſub conditione ſi creditor id a reo ſervare non poſſit: ſed cum ſimpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc beneficium iis tribuit, ut non prius a creditore efficaciter conveniri poſſit, quam ille cum reo principali egerit, eumque excuſſerit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, ſatisfacit conſtitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præciſe cum reo experiatur, contra formam ſtipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l. ſi fidejuſſor. 62. ff. de fidejuſſ.* nec *d. Nov. 4.* mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, ut nemo invitus agere cogatur. *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accuſ. cog.* Plures differentias inter fidejuſſorem ſimplicem & ſubſidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud *DD. in l. ult. pr. ff. de reb. cred.* præſertim apud Zaſium *ibid. n. 3. & ſeqq.*

SIMONIS VINNII, ARN. FIL.

ORATIO
DE
CONSTANTIA JURIS NATURÆ,

Recitata cum Doctor U. J. Publice renuntiaretur postridie Kalend. Decemb. 1648.

SI eorum, quæ oratione tractantur, magnitudo & præstantia non aliunde, quam ex ejus, qui de iis disserit, doctrina & dicendi copia ponderetur, magnopere mihi verendum esset, Auditores, ne hodierno die in hoc augustissimo & ad dicendum amplissimo loco splendor ac dignitas maximarum pulcherrimarumque rerum ingenii mei tenuitate & sermonis inopia minueretur. Nam cum more majorum verba ad vos facturus oratione mea adoriri constituerim magnos illos Philosophos, Protagoram, Aristonem, Pyrrhonem, nec non Trasymachum illum Platonis, & cæteros, qui contendunt jus nullum esse re ipsa, nullum, quod naturæ decreto constitutum sit, sed justum omne & æquum a sola hominum opinione & potentiorum placito profectum esse; facile animadverti longe gravissimam oblatam mihi esse materiam & ad falsam hanc sententiam, utut magnam veri præ se fert speciem, confutandam ac profligandam, & ad ostendendum quid revera sit jus, quid æquum & bonum, quid justum & honestum. Hæc autem omnia si quis ita se tractare posse confidat, ut rerum magnitudini orationis pulchritudo respondeat, eum oportet aut ita exercitatum esse in dicendo, ut facultate sua fretus nihil sibi difficile atque arduum putet; aut ita imperitum, ut errore ductus rerum pondera & momenta satis acute atque intelligenter perspicere ac dijudicare non possit. Neque mihi nunc ulla alia res perculsum ac debilitatum in hac cogitatione animum erigit ac confirmat, quam quod apud eos viros loquendum est, qui & ea sapientia sunt, ut quanti quæque res sit, ex natura ipsius, non ex iis, quæ de ea dicuntur, ponderent, & ea lenitate ac mansuetudine, ut iis, qui potius, quam officium deserant, ejus onere opprimi malunt, facile ac libenter ignoscant.

Non sine causa a docto quodam viro dictum est, opinionem sacrum morbum esse: quippe quæ adeo potens est in rebus humanis, ut nacta semel consuetudinem abeat in mores, & diuturnitate temporis vim obtineat naturæ. Hinc fluxit vetus eorum error, qui putaverunt sola opinione, non etiam natura jus omne constare. Videbant enim non idem apud omnes jus esse, non idem æquum & bonum, sed alium alio jure populum, & fere suo quemque uti. Apud Persas & Macedonas constituta fuit adversus ingratos actio: cum apud alios populos malum hoc fuerit impunitum.

nitum. In seditione populari, qui neutrarum erat partium, tenebatur lege Solonis, cum is cæterarum civitatum institutis, probi quietique civis laude cumularetur. Lacedæmonii & Ægyptii furta permiserunt, quæ apud alios passim prohibita; apud Athenienses ex lege Draconis etiam pœna capitis multata sunt; sicut & hodie nonnunquam furca laqueoque fures ulciscimur. Ex rapto olim vixere Cilices: Massagetæ communes uxores habuerunt: apud Persas matribus & filiabus misceri jus fasque fuit; quæ res aliis non horrenda modo, sed etiam odio digna, crudelique supplicio visa est. Possem sexcenta alia id genus exempla proferre, nisi id & otiosum esset & infinitum.

Non est autem quod hæc valde miremur in tanta populorum multitudine, quorum fere singulorum varia est & diversa indoles: in una atque eadem sæpe civitate & perbrevi tempore videmus leges ipsas mutari, corrigi & antiquari. Hinc tam multæ & frequentes earum abrogationes, derogationes, obrogationes, tot plerumque earum inter se repugnantiæ & dissensiones. Sed & in rebus honestis, quarum proxima est cum justis cognatio, animadvertere est, more tantum & consuetudine quadam hominum inductas esse, cum nullum earum sit in natura discrimen. Persis turpe habebatur spuere, quod in reliquis populis non fit inhoneste. Corporis nonnullis partibus tantus additus est pudor, ut quædam omnino non appellentur suis nominibus: aliæ appellentur quidem, sed ita, ut honos præfandus sit: at istam verborum verecundiam, ut stultam & puerilem, exploserunt Stoici, qui nihil putabant turpe esse dictu, sed omnem turpitudinem in rebus ipsis & factis, non in verbis & voce consistere. Ex his omnibus jam effici videtur, totam istam justi & injusti, turpis & honesti distinctionem nullam re ipsa esse, sed injusta & turpia ea tantummodo duci, quæ legibus aut moribus cujusque populi prohibentur: quæ prohibitio si tollatur, aut contrario hominum usu paulatim antiquetur, jam vel naturæ consensu justa fore & honesta. Et est profecto hæc opinio non ficta, aut disputationis duntaxat causa in scholis Philosophorum agitata, ut pleræque aliæ; sed habuit assertores suos plurimos, eosque magnos viros & doctos imprimis, a quibus diu multumque serio defensa est. Habuit Protagoram, magis etiam Aristonem & Pyrrhonem, qui hoc non disputationis gratia asseruerunt, verum quod ita se rem habere plane sibi persuaserant. Habuit & Trasymachum illum Platonis, qui jus nihil aliud esse dicebat, quam quod placet & utile est potentiori: ac proinde quodcunque is, qui plus posset, lege sua juberet & vetaret, jus esse & quidem solum jus, neque ullam in eo esse naturæ veritatem.

Jam vero quod ab ipsa natura proficiscitur, constans est & æternum, semper & ubique idem, nunquam sibi repugnans, nunquam contrarium, nullo temporis cursu mutabile. Ignis ubique gentium & semper urit. Nix apud omnes & omnibus alba est. Non magis Germanis & Gallis symphoniæ jucundus auditus non rerum bene olentium odor magis suavis, quam Indis & Garamantibus, aut contrariorum sensus magis contrarius. Hoc modo si jus non institutum, sed natum esset, quod quibusdam justum est, id apud omnes pro justo haberetur colereturque, & sicut iisdem sensibus, iisdem etiam jussis vetitisque omnes uteremur. Itaque cum mult summo ingenio singularique doctrina homines semper in hoc studio elaborarint, ac plures fortasse etiam quam in alia scientia, nemo tamen inventus e veteribus est,

qui eam arte concludere conatus fuit, sed tamen quisque ex dispersis & disjectis partibus decerpsit, quantum potuit aut judicio suo assequi, aut memoria comprehendere. Unde, ut videre est in eorum libris, non tam artificio ullo instructi, quam adjuti a natura, & legum, quam habebant, veterum memoria, quid justum vel injustum sit, respondebant. Et tamen quam plausibile & gloriosum autori suo id opus futurum fuisset, argumento est libertus Appii Claudii Cn. Flavius, qui ob expositas populo actiones, tantam in civitate gratiam est consecutus, ut Ædilis Curulis crearetur. Sed bene viderunt viri excellentes & callidi, non posse in formam artis jus civile redigi, cum totum situm sit in hominum institutis, quæ & incerta semper, & ad discendum cuique sunt facillima. Quare Jurisconsultorum memor ia omnium in ore est, tanquam quæ ipsis aut sola sit, aut maxime necessaria, cum in cæterarum artium professoribus artificium quoddam & acumen ingenii desideretur: ut qui jura & instituta, quibus privati in quaque civitate utuntur, & actionem judiicorumque formulas memoria teneat, is in medio foro versari, atque in judicum tribunalibus regnare possit, magna cum opinione juris scientiæ. Quod ipsum & multis olim, ut Aculeoni aliisque, de quibus testatur Cicero, & nostra quoque tempestate usuvenisse constat, qui in turba illa Forensi & litigiosa multos annos versati nomen habuerunt magnorum patronorum & Jurisconsultorum, cum essent omnium litterarum rudes, & hujus civilis scientiæ ignorantissimi.

Atque hæc fere sunt argumenta eorum, qui opinione hominum jus esse constitutum putant, non decreto naturæ. Equidem fateor belle hæc ab iis, & vere etiam magna ex parte dici, ad probandum vero id quod volunt, accommodate nequaquam. Ajunt jus natura nullum esse, idque ostendunt ab institutis hominum, quæ inter se sunt dissimilia, cum natura sui sit semper similis, quasi vero id quod justum est, ex solis legibus & scitis populorum æstimandum sit, ac non potius ex eo, quod justum esse dictat ipsa naturalis ratio, seu insita animis hominum ac divinitus impressa justi & injusti notitia. Est sane id jus, quod positum est in legibus & populorum institutis, varium & incertum, atque ad quamlibet rerum opportunitatem mutabile. Nam cum ad cujusque populi indolem ac mores pro loci & temporum ratione accomodetur, fieri aliter non potest, quin diversum diversis civitatibus & populis statuatur: tum & ipsa temporum mutatio ac necessitas sæpe justam affert mutandæ legis occasionem. Pulchre Cæcilius ictus apud Agellium, ab optimis, inquit, Rerumpuil. gubernatoribus legum opportunitates & medelæ pro temporum & rerump. generibus, ac pro utilitatum præsentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutantur atque flectuntur, neque uno statu consistunt: quin ut facies Cœli & Maris, ita rerum atque fortunæ temporibus variantur. Lucius Valerius apud Livium, quas tempora, inquit, aliqua desideraverunt leges, mortales & temporibus ipsis mutabiles esse video: quæ in pace latæ sunt, plerumque bellum abrogat, quæ in bello, pax. Prudentes & eruditi Medici non eadem omnibus ægrotis, sed aliis alia, atque adeo contraria plerumque pharmaca applicant: ad eundem modum sapientes quoque legum conditores leges ipsas ad indolem & mores cujusque populi adaptare debent, personarum, causæ, loci, temporisque semper habita ratione: nam si nullo judicio, nulloque rerum, personarum, locorum & temporum habito delectu actiones humanæ sive publicæ, sive privatæ

vatæ ordinentur, acri ſane dignaque reprehenſione carere non poſſunt. Neque enim probanda eſt Cleonis apud Thucydidem ſententia, qui melius agi cum Republica aut civitate dicebat, quæ malis legibus, dummodo conſtanter, quam cum ea, quæ bonis, ſed inconſtanter, utatur. Quod vero jus ipſa humana ratio conſtituit, id ut per ſe juſtum & æquum eſt, ita & per ſe & ſuapte natura conſtans, perpetuum atque unum eſt. Sed & quamvis non omnes legiſlatores idem ſemper ſtatuant, idem tamen omnes ſibi propoſitum habent ſalutem ſcil. civium & Reip. utilitatem. Una inquam ſemper eſt aut eſſe debet legiſlatorum omnium mens, ut æquitate conſtituenda cives ſuos ad primam illam & immutabilem naturæ juſtitiam revocent, quam ſi legibus ſcriptis exprimere nequeant, voluntate certe proxime accedunt. Ac ne illud quidem exiſtimandum eſt, omnia eſſe juſta, quæſita ſunt in populorum inſtitutis aut legibus. An ſi quæ leges eſſent Tyrannorum, ſi triginta illi Athenis leges imponere voluiſſent, aut ſi omnes Athenienſes tyrannicis legibus delectarentur, num idcirco hæ leges juſtæ haberentur? Si furta, ſi adulteria aliave flagitia apud quoſdam populos impunita fuerunt, ſi ſint gentes, in quibus & nato genitrix & nata parenti jungitur, an harum gentium barbari mores & pravum judicium efficere poſſunt, ut id, quod natura juſtum aut injuſtum eſt, tale eſſe deſinat? Quid quod neque illi ipſi, quos diximus Lacedæmonii furta rerum omnium permiſerunt, ſed eduliorum tantum, neque omnibus furari, ſed junioribus duntaxat, quos furtim ſibi alimenta comparare voluerunt, ut acuerent induſtriam, diſcerentque a pueris noctu vigilare, interdiu fallere, inſidias ſtruere, exploratores habere, ita adultos bello meliores fore exiſtimantes, teſtibus Xenophonte & Agellio: quamquam in eo ſtulti, quod furtorum conſuetudine potius, quam virtutis amore & ſtudio veram ingenerari fortitudinem crediderunt.

Quæ juſtorum eadem & honeſtorum diſtinctio eſt; quædam enim natura talia ſunt, quædam vitæ communis uſu introducta. Illa perpetua ſunt, apud omnes ubique & ſemper honeſta. In iis autem, quæ hominum conſuetudine inductæ ſunt honeſtates, tanta variatio eſt & diſſimilitudo, quanta eſt in ipſis moribus, qui pro cujuſque gentis diſpari cultu & victu, varii & diſpares conſtituuntur.

Quod vero de ſenſibus afferunt, cunctis eos hominibus & quocunque in loco eoſdem eſſe, verum eſt cum ſani ſunt & valentes, nec ulla re alia impediuntur. At remum in aqua judicamus inflexum eſſe, & nimio æſtu laborantibus tepent frigida, & febre correpti vini ſuavitatem non ſentiunt. Sunt & in hominibus qui clarius cernunt, ſunt qui liquidius audiunt, ſunt qui odorantur ſagacius, nec quiſquam fere eſt, qui non proprii aliquid habeat in ſenſibus: & tamen eadem & una ſenſuum vis omnibus ingenita eſt, quamvis ea in unoquoque valeat pro ſuæ duntaxat facultatis ratione.

Similiter mens humana multis ſæpe eſt occæcata erroribus, nec ſemper verum a falſo poteſt diſcernere, ſed in eo ſubinde fallitur non tam rerum ipſarum incertitudine, quæ nulla eſt, quam judicii imbecillitate & ignorantia. Neque tamen propterea putandum eſt mutari naturam; ſed cum una ſit & ſimplex, diverſa nihilominus & multiplex affectis diverſe animis apparet. Qui plus ingenio & doctrina poſſunt, rectius omnia judicant; qui utroque aut altero deſtituuntur, offendunt ſæpiſſime. Ut in cantu multa exaudiunt Muſici, quæ fugiunt ejus artis imperitos; & plurima non videmus in picturis, quæ vident Apelles & Parraſii: neque tamen alia eſt pictura indoctis, alia doctis hominibus, ſed ab iis, cum ſit eadem, non eadem illorum aſpectu ſentitur.

Jus ipſum quidem per ſe nudum & apertum eſt, ſibi conſtans, & jam tum a principio ſui generis æterna lege definitum: ſed id ad uſus hominum & mores, qui varii ſunt & incerti accommodare & difficile eſt & arduum. Atque ex eo fit, ut non idem ſit de eo omnium judicium, aliudque alii faciendum videatur, aut non faciendum. Id vero accidere in rebus tam obſcuris nemini mirum videri debet, cum ipſi ſenſus, quorum adeo clara ſunt & certa judicia, perſæpe hallucinentur. Nam Protagoræ jam pridem exploſa ſententia eſt, qui quicquid videtur tale eſſe dicebat, quale videretur. remum in aqua inflexum eſſe, quia talis apparet; & vinum ægroto acerbum, valenti ſuave eſſe, quia iis ejuſmodi eſſe videatur. Idque probabat a rebus juſtis, quaſi non alia de cauſa juſtæ eſſent, quam quod legiſlatoris opinione pro juſtis haberentur, abrogata lege tales eſſe & haberi deſinerent; quo neſcio an quicquam dici poſſit abſurdius: neque enim juris aut rerum ſtabilitas vacillat, ſed fallimur opinione & ſenſibus, dum illa prava eſt, hi corrupti. Quod ſi removerentur omnia, quæ obſtant & impediunt, quo minus ſuo quo quodque naturali munere fungi perfecte poſſit, neque nobis unquam falſa perſuaſio imponeret, neque depravatus ſenſus deciperet, & omnium eſſet de omnibus certum & idem judicium: denique jus æque coleretur ab omnibus. Poſtremo nec illud ſatis argumenti eſt ſola hominum inventione jus excogitatum eſſe, quod nulla dum arte ſit concluſum. Multa enim ſunt in rerum natura, quæ partim adhuc ignorantur, partim diſſipata jacent & diſperſa ſine artificio, quæ tamen propterea dici non poſſunt vere non exiſtere. Ac ne illud quidem verum eſt, non poſſe jus alicujus populi in artem redigi: nam ſi, ut ait Tullius, quæ longo negotiorum uſu & Rerumpub. adminiſtrationibus obſervata ſunt, hæc ab hominibus peritis animadverſa & notata, verbis deſignata, generibus illuſtrata, partibus fuerint diſtributa, non intelligo quamobrem non, ſi minus ſubtili quadam definitione, aut utique vulgari opinione ars eſſe videatur, aut certe artis quædam ſimilitudo & ſimulachrum. Quamobrem, utut iſta quæ objiciuntur, qualem qualem fucum habeant, non adeo tamen plauſibilia videri debent, ut a Platonis, Chryſippi, Ciceronis, aliorumque ſapientiſſimorum hominum ſententia dimoveamur, qui non ab hominum opinione, ſed a naturæ decreto jus fluxiſſe rectiſſime cenſuerunt. Nimirum fons legum omnium morumque natura eſt; finis ad quem ducimur ea ipſa natura eſt, natura inquam hominis, quam rectam rationem appellamus: nihilque revera juſtum aut honeſtum eſt, niſi quod huic rectæ rationi ſit conſentaneum; quamquam quid opus eſt rectum addere, cum quæ non ſit recta ratio, eadem ne ratio quidem ſit. Ut ſimia ſemper eſt ſimia, etiamſi purpura induatur, ſic injuſtitia ſemper eſt injuſtitia, etſi ex legis autoritate ſimilitudinem quandam gerit ſpeciemque juſtitiæ. Omnium, inquit M. Tullius, quæ in doctiſſimorum hominum diſputatione verſantur, nihil eſt præſtabilius, quam plane intelligi nos ad juſtitiam eſſe natos, neque opinione, ſed natura jus conſtitutum eſſe, atque hujus rei evidentiſſimum eſſe argumentum, quod etiam homines nullis artibus edocti, ſed ſola notione, quam eis indidit natura, rationis ſunt participes: cui autem rationem natura dedit, ei, inquit, & rectam rationem contulit: ergo & legem, cum lex nihil aliud ſit, quam recta & a Numine Deorum tracta ratio, præcipiens honeſta, & vetans contraria. Omnibus igitur ratio, omnibus lex, & omnibus jus a natura datum eſt. Hoc autem jus ſemper & ubique juſtum eſt & fuit: nec aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc eſt, aliud poſthac erit: nam ut recta ratio inſita

ſita a natura & diffuſa in omnes conſtans eſt & ſempiterna, ita & quod ea præſcribit ſemper atque ex ſe juſtum eſt atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt; nec quod jubetur, vetari, vimque ſuam perpetuo retinent in obligandis conſcientiis anticipatæ in animis noſtris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc conſtantia atque immutabilitas præcipue elucet.

Eruditiſſimo Juveni,

SIMONI VINNIO,

CUM

Summorum, qui JCtis debentur, honorum gratia, de divinis humaniſque rebus in Illuſtri Leidenſi Batavorum Academia graviter reſponderet, ac eiſdem, more majorum, merito ornaretur.

QUod Themidi promit VinnI facundia, Magni hoc
Et Patris & Nati filius inſtar habet.

V. CL.

ARNOLDI VINNII, JC.

& hujus Academiæ Ornamenti incomparabilis, Collegæ mei Filio unico, & in aliorum exemplum nato eductoque

L. M. Q.

Poſui

MARCUS ZUERIUS BOXHORNIUS.

SIMO-

SIMONIS VINNII, ARN. FIL. J. U. D.

ORATIO

DE

SAPIENTIA ROMANORUM

In jure constituendo, reddendo, interpretando, habita Idib. Januarii cIↄ Iↄ c LI.

FUIT olim proverbium hoc, Auditores Spectatissimi, tota Græcia celeberrimum maximeque usurpatum, ἣν ἔλαχες σπάρταν, κόσμει, Spartam nactus, hanc exorna. Cujus proverbii origo primum ab ipsis Spartanis civibus nata sese inter se ad civitatis suæ dignitatem pro virili amplificandam communi ista & populari voce corhotantibus, post vero ita celebratum est, ut ad quasvis honestas & probatas functiones accommodaretur. Quam ego vocem cum ad me quoque pertinere existimarem, non committendum putavi, ut eam omnino neglexisse, aut pro nihilo habuisse videri possim. Concessa mihi potestas est a Nobilissimis inclytæ hujus Academiæ Curatoribus, nec non collegis eorum florentissimæ hujus urbis Consulibus, duos illos Pandectarum seu Digestorum juris epilogos, quorum alteri titulus est de verborum significatione, alteri de diversis regulis juris antiqui, publice interpretandi, iis nempe diebus, quibus Clarissimi Professores a lectionibus publicis abstinere solent. Cæterum ne illotis, quod ajunt, pedibus hanc provinciam dicar ingressus, pro ea, quæ moribus usuque recepta est, consuetudine, priusquam ad ipsam interpretationem accedam, verba ad vos ex hoc loco mihi facienda duxi, deque illustri aliquo argumento more a majoribus per manus tradito disserendum. Putavi autem non usque adeo alienum ab instituto hoc nostro fore, si de singulari illa pop. Rom. sapientia, qua usus est cum in legibus ferendis, & jure constituendo, tum in eo reddendo interpretandoque, in præsentia dissertarem. Quam utique admirabilem fuisse necesse est, cum etiam nunc, quotquot sunt respublicæ bene constitutæ, leges & jus civile Romanorum venerentur, atque ad hujus normam ultro se hodie componat orbis Christianus. Non repetam rem a primordio urbis, a legibus Romuli aut Numæ, verum a decemvirali illa, quam merito fontem dixeris omnis publici privatique juris.

Exactis urbe regibus pop. Romanus aliquamdiu incerto magis jure & consuetudine usus est, quam legibus latis, utpote legibus regiis una cum tyrannide pulsis, abolitisque lege Tribunitia, lata a Junio Bruto Tribuno Celerum, eo ipso, qui & reges ejecerat. Sed cum ea res materiam litium civibus præberet, magnasque sæpe excitaret contentiones, placuit tandem, nec ita multo post, certas ferri & stabiles leges, ad quarum

præ-

præſcriptum tum publice univerſi, tum privatim ſinguli ſe conformarent.

Sciebant prudentiſſimi mortales, non quicquid ubique egregium eſt, id in unius populi legibus aut moribus reperiri: quam ob cauſam nec unius tantum civitatis jura cognoſcere voluerunt, ſed plurium, earumque ſapientiſſimarum, atque ex omnium harum inſtitutis, quod uſquam ſpecioſum, decerpere atque ad ſe transferre. Qua in re imitati videntur exemplum Zeuxidis Heracleotæ pictoris nobiliſſimi, qui cum Helenam Crotoniatis pingendam ſuſcepiſſet, petiit ab iis, ut virginum, quas haberent formoſiſſimas, ſibi inſpiciendarum copia fieret, ex quibus, de publico conſilio omnibus in unum locum conductis, ille quinque excellentis formæ delegit, ut quod in ſingulis laudatiſſimum erat, pictura redderet. neque enim putabat omnia quæ ad venuſtatem quæreret, uno in corpore ſe reperire poſſe.

Miſerunt igitur legatos in Græciam ad illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, qui inclytas Solonis leges deſcriberent, quas ille unus e ſeptem ſapientibus Græciæ, & eorum facile princeps Athenienſibus ſcripſerat, ſublatis prioribus Draconis, in quibus nihil fuiſſe fertur memorabile præter pœnarum acerbitatem. Miſere Lacedæmona qui ediſcerent leges Lycurgi, quas ille Spartanis tuliſſe fertur, adhibito prius in conſilium Deo. Miſere & ad alias urbes Græcas, non modo quæ in Græcia, ſed & quæ in Italia erant, ut omnium harum civitatum leges, inſtituta, moreſque explorarent. Miſere in Hetruriam, qui religioſa Tuſcorum cognoſcerent, quo ritu urbes condantur, aræ, ædes ſacrentur, qua ſanctitate muri, quo jure portæ ſint, aliaque ejuſmodi, quæ libris ritualibus religioſiſſimæ gentis continebantur. Ex tot clariſſimarum civitatum inſtitutis & legibus, ſimul ex eo jure, quod civitatis Romanæ proprium fuerat, delectis, quæ uſquam egregia, conflatum a Decemviris eſt jus civile Quiritium, compoſitæque illæ tantopere celebratæ leges XII. tabularum. Nos quidem harum legum nihil præter fragmenta quædam & rudera habemus. Cæterum hoc conſtat, tripertitam fuiſſe XII. tabularum diviſionem: prima parte comprehenſum id jus, quod ad ſacra & religiones pertinet, veluti Pontificium, & augurale: altera jus publicum, ſpectans ad ſummam Reip. poteſtatem populi in bello paceve decernenda, in magiſtratibus creandis, legibus jubendis aut antiquandis, privilegiis irrogandis: tertia, jus privatum, hoc eſt, id jus, quod cujuſque civis utilitatem privatim reſpicit, atque in hanc partem, quæ longe maxima fuit, jura rerum acquirendarum, poſſeſſionum, hereditatum, obligationum, actionum, cæterorumque, quæ ad rem familiarem cujuſque pertinent, relata fuiſſe. Non temere igitur Marc. Tullius in perſona Luc. Craſſi diſputans dixit, totam civilem ſapientiam bene deſcriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus XII. tabulis contineri. adeoque ſi quis cum Græcorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanas leges conferre voluerit, eum facillime intellecturum, quam jus omne civile præter unum Romanorum, inconditum ſit ac pene ridiculum.

Procedente tempore jus civitatis adauctum, latæ & aliæ leges & plebiſcita pro legibus accepta. Cæterum etiam in hoc legum cumulo fons omnis ſacri & humani juris manſit lex XII. tabularum. Porro ad commendationem juris Romanorum plurimum valuit ea pars, quæ poſita eſt in jure dicundo interpretandoque. Jus dicentis officium latiſſime patere voluerunt, nec conſiſtere tantum in jure conſtituto privatim ſingulis poſtulantibus reddendo, verum etiam in jure edictis publice uni-

versis proponendo, ac velut constituendo, facta magistratibus potestate, ea, quæ a legibus & jure civili proficiscebantur, mitigandi, supplendi, adjuvandi, corrigendi, prout aut naturalis æquitas, aut utilitas publica postulare videretur, salva populi legumque majestate; quod jus honorarium appellaverunt, & vivam esse vocem juris civilis Marcianus Jurisconf. scripsit. Illud vero præcipue & auctoritatem legibus Romanor. attulit, & stabilitatem, quod magno in honore ac pretio apud eos semper fuit juris constituti cognitio atque interpretatio. Sciebant enim non satis consuli civibus sola legum sanctione, nisi sint in civitate qui vim legum intelligant, easque interpretari, atque in infinita rerum & negotiorum varietate populo de jure respondere possint: qui quasi custodes sint juris civilis, quorumque autoritate sua conservetur legibus autoritas, atque ad posteros transmittatur. Itaque huic muneri præesse voluerunt amplissimos quosque & clarissimos viros, ipsa civitatis lumina, Claudios, Scipiones, Mucios, Catones, Brutos, Crassos, Lucilios, Gallos, Sulpitios, aliosque plures, quos omnes constat juris civilis scientiam professos esse, interpretando, respondendo, plerosque etiam docendo, disputando, scribendo. Ecquam autem aliarum gentium commemorare possumus, non dico quæ in hoc genere certare cum populo Romano possit; sed in qua studium juris civilis aliquo in pretio habitum & vel negligenter excultum fuisse videtur? ubi tandem aut institutas de jure disputationes, aut scriptos libros fuisse legimus? ubi denique nomen ipsum vel Jurisconsultorum vel Jurisprudentum nisi apud populum Romanum auditum? Utique non eadem apud Græcos pragmaticorum, quæ Jurisconsultorum apud Romanos vel facultas vel dignitas fuit. Apud Græcos, qui sese privatorum negotiis, rebusque agendis interponebant, non Jurisconsulti, sed pragmatici nominabantur, quasi dicas negotiosi & formularii, homines, ut Crassus apud Ciceronem ait infimi & mercenarii, qui se ministros in judiciis oratoribus præbebant. Non sum inquit Fabius, moris nostri ignarus, oblitusve eorum, qui velut ad arculas sedent, & tela agentibus subministrant: neque idem Græcos quoque nescio factitasse, unde nomen his Pragmaticorum factum est. Et Antonius 1. de Oratore; Itaque Græci, inquit, disertissimi homines, ministros habent in causis Jurisperitos, cum ipsi sint imperitissimi, & qui pragmatici vocantur, in quo nostri omnino melius multo, quod clarissimorum hominum auctoritate leges & jura tecta esse voluerunt. Et recte profecto. Non enim Romani item ut Græci, Jurisconsultorum suorum munus in tam exili & tenui opera consumi voluerunt, ut actionibus tantum ac formulis, cautionibusque præessent; sed in æquo bonoque civibus omnibus respondendo. Quapropter præclare mihi Celsus artem juris definivisse videtur, artem æqui & boni. Siquidem officium Jurisconsulti & prudentia illius maxime in eo consistit, ut quid in unaquaque re æquum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus. In recti, inquam, pravique discrimine: cum illi, qui se ad album solummodo ac rubricas transferunt, formularii, vel, ut Cicero ait, leguleii quidam efficiantur. Igitur Romæ amplissimi quique cives & nobilissimi viri, quasi juris civilis custodes, in hoc munere, tanquam in præsidio aliquo locabantur a quibus cæteri cives, quid æquum bonumque esset, cum usus veniret, exquirerent. Atque hi non contenti communi quadam legum & consuetudinis intelligentia, omnes bonarum litterarum opes, cunctas eruditionis justæ ac le-

legitimæ partes ſibi comparabant, diſciplinam Reipubl. cauſam Imperii cognoſcere, omnem denique bene vivendi rationem tenere & perſequi ſatagebant. Jam vero quantum illud eſt, quod Juſtitiæ ſacerdotes ſeſe profiterentur, veræque & non ſimulatæ Philoſophiæ ſectatores, nimirum neceſſe eſt eos fuiſſe viros graves, ſanctos, ſeveros, incorruptos, inadulabiles, vi & majeſtate æquitatis veritatiſque terrificos. Ad hos vel tranſverſo obambulantes foro, vel in ſolio ſedentes domi ſic adibatur, non ſolum ut de jure civili ad eos, verum etiam de filia locanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur. Quod ſane præclarum ac majeſtatis plenum fuiſſe conſtat; vel cum alacri illi ac prompto ore huc atque illuc intuentes vagabantur magna cum caterva toto foro, præſidium clientibus, atque opem amicis & prope cunctis civibus lucem ingenii & conſilii ſui porrigentes atque tendentes. vel cum in ea domus parte, ubi majorum imagines aſſervabantur, quaſi auguſto aliquo loco ſella poſita Divæ juſtitiæ oracula enunciabant atque fundebant. Quare non immerito Marcus Tullius dixit, domum Juriſconſulti oraculum eſſe totius civitatis, unde ſibi, ſi non populi & Reges, ut ab illo apud Ennium Pythio Apolline, at omnes ſui cives conſilium expetant, ſuarum rerum incerti, quos ille ex incertis certos, compoteſque conſilii dimittat, ut ne temere res tractent turbidas. Præclare igitur ſapientiſſimus Poëta, qui cum ſuas cuique genti laudes attribuiſſet, pingendi, ſculpendi, obſervandi cæli, Romanis reipublicæ conſtituendæ ſcientiam adjudicavit, *Tu regere*, inquit, *imperio populos Romane memento: Hæ tibi erunt artes, pacique imponere morem*, & quæ ſequuntur.

Accepto Principe ingens acceſſio facta, ac tum demum hoc civile ſtudium ad ſummum perductum eſt. Nam cum vitio ſæculi paulatim invaluiſſet, ut paſſim & promiſcue cuivis, qui modo ſtudiorum ſuorum fiduciam haberet, fas eſſet Juriſconſultum ſe profiteri, & publice de jure reſpondere, ne vel multitudine profitentium, vel quorundam imperitia, ignavia, ſordibus res tanta vileſceret, atque ut Pomponius noſter in hiſtoria de origine juris ſcribit, quo major eſſet juris auctoritas, Divus Auguſtus conſtituit, ut ex ſua auctoritate de jure reſponderetur, nec quemquam ex eo tempore paſſus eſt juris ſcientiam profiteri, publiceve de jure reſponſitare, niſi cui id beneficii loco, ob inſignem virtutem, ſingularem eruditionem ac cognitionem juris civilis ipſe conceſſiſſet. Quod inſtitutum atque exemplum Auguſti reliqui deinceps Principes ſecuti ſunt. Poſteriores etiam hoc addiderunt, ut ne quis Juriſconſulti titulo prius inſigniretur, quam jurati Doctores, quorum opera uſus eſſet, teſtati fuiſſent, dignum eſſe atque ea eruditione juriſque intelligentia præditum, ut in numerum recipi & matriculæ Togatorum inſeri poſſet.

Sed quod omnium maximum eſt ipſi Principes, quibus nunc ſolæ commendantur diſciplinæ Mathematicæ, non aliud ſtudium magis, quam juris civilis excolebant. Apud Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptores, nihil occurrit crebrius, quam quod ipſi Principes jus aſſidue, laborioſiſſime ac ſeveriſſime dixerunt. Cum autem jus dicerent aut judicarent adhibebant in conſilium non amicos aut comites ſuos, ſed viros ſapientes & clariſſimos ex ordine Juriſconſultorum, ſicut Ælius Spartianus de Hadriano refert, eum cum judicaret, in conſilio habuiſſe Julium Celſum, Salvium Julianum, Neratium Priſcum, nec alios adhibuiſſe, quam quos univerſus Sena-

tus probavisset. Testes sunt iidem Augustæ historiæ scriptores hunc veterum Principum morem fuisse, ut Justitiæ solium cottidie frequentarent, non solum ut id nuda sua decorarent præsentia, sed ut ipsi civibus de jure responderent, causas cognoscerent, partes audirent, sententiam pronuntiarent. Cujus rei luculentum exemplum nobis exhibet Marcellus libro Digestorum vigesimo octavo. Prolatum erat in auditorio Principis testamentum, in quo heredum nomina testator induxerat: quam ob causam bona a fisco vindicabantur, scriptis heredibus indignitatis insimulatis. De legatis tamen diu dubitabatur. Advocatus fisci, dicebat, Vos, scripti & inducti habetis judices vestros, præfectos ærarii, non est quod Imperatorem de ea re sollicitetis. Vivius Zeno dicebat, Rogo, Domine Imperator, audias me patienter, quid de legatis statues? Cui Antoninus Cæsar (Nam apud Marcum Antoninum Philosophum hæc causa agitabatur) videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit; Respondet Cornelius Priscianus Advocatus Leonis, nomina heredum tantum inducta sunt, Domine Imperator. Replicabat Longinus advocatus fisci, non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet. Priscianus dicebat, manumisit quosdam, Domine Imperator, & legata dedit. Tandem Antoninus Cæsar remotis omnibus cum deliberasset, & admitti rursus eosdem jussisset, sententiam ipse proferens dixit, Causa præsens videtur admittere humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus testatorem irrita esse voluisse, quæ induxit. Hoc exemplum & formam nobis exhibet, qua in cognoscendo & judicando Principes olim usi, & simul ostendit bonos Principes in re dubia contra fiscum pronuntiare solitos, cujus causa nunquam mala est, nisi sub bono Principe.

Sed nec hoc prætereundum, quod nunquam temere aut inconsulto, nunquam sine manifesta civium utilitate quicquam novi juris constituebant, sed explorato prius judicio & sententia virorum prudentum, censerentne illi id posse recipi salva ratione juris constituti, tum an in eo tam evidens ac justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent rei novæ constituendæ. Sic legimus Divum Augustum prudentissimum Principem, non ante irrepentem in Rempublicam codicillorum usum sua autoritate confirmare voluisse, quam convocati viri sapientes (inter quos Trebatius tunc erat maximæ dignationis) censuissent, morem istum civibus & utilissimum esse & pernecessarium. Imperator Alexander ipse Princeps Jurisconsultissimus nullam legem sanxisse fertur, nisi adhibitis prius in consilium xx. Jurisperitis, & id quidem ut iretur per sententias singulorum, scriberetur que quod quisque dixisset, dato etiam spatio ad disquirendum cogitandumque, priusquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus tanti ponderis & momenti. Hoc jus tam prudenter tam pensiculate constitutum non potuit non se latissime diffundere per universum orbem Christianum. Diffudit autem se ac propagavit non tam potentia imperii Romani, quam legum a Romanis latarum evidentissima æquitate, utilitate ac justitia: adeo ut hodieque tanquam jus aliquod gentium ubique fere locorum colatur, atque in omnibus bene constitutis Academiis publice doceatur.

A Justiniano sacratissimo Principe etiam hoc habemus, quod is immensa veteris prudentiæ volumina in unum corpus contraxit, atque ea, quæ diffusa & dissoluta fuerant, certo volumine comprehendit, atque arte quadam sic conglutinavit, ut jam etiam multo facilior, quam antea fuerat, cœperit esse juris civilis cognitio. Hoc autem

autem volumen, quia ordine quodam dispositum est, omnisque generis veterum consultorum sententias & responsa complectitur, Digesta aut Græca voce Pandectas appellari voluit. Huic porro tanto operi ut colophonem adderet, duplicem ei subjecit epilogum, quorum primus est verborum, quibus passim in jure utimur; alter rerum, qui ex regulis juris conficitur. Uterque meat ac sese diffundit per universum juris corpus, haud secus ac venæ atque arteriæ per corpora nostra atque aliorum animalium diffusæ & dispersæ sunt. Uterque tam in foro quam in scholis versantibus cognitu non modo perutilis, verum etiam necessarius. Uterque commentarii vicem tyronibus in studiorum primordiis utilissimi exhibere potest. Equidem non ignoro esse nonnullos, qui contendunt verborum significationes nihil ad eos, qui juris scientiam profitentur, pertinere, sed hoc totum esse professionis Grammaticæ. sed profecto illi homines toto errant judicio. Quid enim juvabit vel in scholis vel in medio foro versari, si ea, quæ dicuntur aut proferuntur, non intelligamus.

An non in omni disciplina prima est verborum & dictionum ac phrasium disputatio? an non verba ad hoc inventa ut sententiam & voluntatem dicentis declarent? Ideoque Plato princeps ingenii & doctrinæ dicere solebat, primam esse debere verborum curam, licet rerum potissima sit: quippe verba notas esse rerum, omnemque orationem a rebus oriri ac dependere, ut qui in hisce notis ac symbolis erraverit, necessario etiam ipsis in rebus sit hallucinaturus. Atque ut omnes artes ac disciplinæ proprias & peculiares habent voces, citra quarum intelligentiam ad rerum cognitionem nullo modo perveniri potest, ita & vel maxime disciplina juris. Certis & sollennibus verbis conceptæ leges, Senatusconsulta, edicta, certæ heredum institutionis, legatorum, cautionum, stipulationum, actionum, aliorumque id genus formulæ, in quorum omnium interpretatione veterum Jurisconsultorum versatam esse industriam minime ignotum est. Lepidum est, quod Aulus Gellius de quodam celeberrimi nominis Grammatico refert, qui interrogatus a Gellio, quid esset ex jure manum consertum, respondit se rem Grammaticam docere, non jus respondere. Sed inquit si quid ex Virgilio, Plauto aut Ennio quærere habes, quæras licet, atqui inquit Gellius, ex Ennio est quod quæro: Sic enim Ennius, *Non ex jure manum consertum, sed mage ferro Rem repetunt*, &c. & simul ire jussit hominem, ac discere unde Ennius didicerat, ad juris aliquem peritum. Alter Epilogus, qui rerum est, ut dixi, atque ex regulis juris conficitur, rejectus est in locum extremum, & sane quidem merito. Quid enim aliud sunt illæ regulæ, quam velut rivuli quidam ex fontibus juris constituti manantes ac diducti? quam velut porismata quædam ordine consecutionis universali legum doctrina posteriora? Unde illud hujus epilogi initio? Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula colligatur & fiat. De hujus epilogi sive tituli utilitate nihil aliud in præsentia dicam, nisi quod Ulpianus noster commendaturus titulum de in integrum restitutionibus, hic titulus, inquit commendatione non eget: ipse enim se satis ostendit. Nam sive eos spectamus, qui jus civile interpretantur docendo scribendove, aut qui in foro reos tuentur atque defendunt, & de jure consultoribus respondent, vel denique qui jus dicunt redduntque, ut magistratus & judices, hi, inquam, omnes, nisi in mundo atque in promptu habeant copiam quandam harum juris regularum ac præceptorum, vix est, ut mu-

nere ſuo recte defungi queant. Sed de his latius diſſerendi, Deo volente, dabitur occaſio, quando, quod nunc ſupereſt, manum operi ſuſcepto admovebimus, Spartamque quam nacti ſumus, pro virili rebus ipſis & factis exornare conabimur.

Faxit Deus Opt. Max. præſes & tutor inclytæ hujus Academiæ, ut hæc res mihi vobiſque omnibus, & Reipublicæ literariæ bene feliciterque eveniat.



IN

IN EXCESSUM

SIMONIS VINNII, A.F.J.C.

JUVENIS EXIMII.

VInniadem rapuit juvenem florentibus annis
Mors. Cur sed juvenem? Credidit esse senem.

Manibus Memoriæque

SIMONIS VINNII,

Magni Patris Magni Filii, ut præstantis jam magna, ita majora pollicentis, Eruditione, Ingenio, Judicioque, & rara morum Comitate Ornatissimi, in ipso Ætatis flore rapti, parentum pluriumque jam desiderii,

T.M.Q.

S.

BOXHORNIUS.

AD

PATREM DEFUNCTI,

SENEM MOESTISSIMUM.

VEstitur arbor mille sæpe floribus,
Fructusque nullus mille sæpe est floribus.
Ridere cum jam spes videtur, decipit.
Animum pater, totumque te, VINNI, *erige.*
Fortuna fortes opprimit nunquam viros;
Humoque tollit, sævior cum jam fuerit.

BOXHORNIUS.

AD

AD

Amplissimi & Clarissimi Viri,

ARNOLDI VINNII,

In Celeberrima Lugdun. Batav. Academ. Juris Professoris Primarii, unici Filii,

SIMONIS VINNII, J.U.D.

inopinum Funus.

QUI nuper dirus luxit, Linemanne, Cometes,
Veri præsagum Te probat esse Virum,
Sublimi ingenio natis juvenilibus annis
Dixisti vereor, Magne, malignus erit.
Est ita, Lethiferum hoc lumen vix condidit æther;
Sidereæ mentis lumen & ecce cadit.
Aspice Belgarum Virtuti nata juventus,
Occidit ecce tui lux veneranda chori.
Ille juventutis Princeps, flos ille virescens
Musarum, verno tempore morte perit.
Vergentis Patriæ columen, fulcrumque senectæ,
Heres præclari Nominis, atque decus.
VINNIUS ille riget, quem nuper rostra, Cathedræ,
Portarunt, hunc nunc atra feretra ferunt.
Germanis effertur amor, Belgisque voluptas;
Cor matri, juri gloria, vita patri
Mento canescant mente hic, multique Capillo,
Pectore, sed juvenis mortuus hicce senex.

Et Germanos æstimare Belgas, & esse Belgis quod ament, & mirentur Germani exemplo vita functi Cl. Viri amici quondam sui Col. L.M. Q. innuere voluit.

D. L. B. L.

FINIS.